



Universidad
Zaragoza



Real e Ilustre
Colegio de Abogados de Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por Gema Baringo Jiménez

Con objeto del análisis de los efectos de la ruptura de la
convivencia de los padres con hijos a cargo.

Director

Isacc Tena Piazuelo

Facultad de Derecho

Diciembre 2015

I.	LOS HECHOS.....	7
II.	CONSULTA.....	8
III.	ANTECEDENTES DE HECHO	9
1.	INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	9
2.	SEPARACIÓN Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO	11
3.	EL CONVENIO REGULADOR	17
3.1.	El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.....	19
3.2.	Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquellos.....	23
3.3	La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.	23
3.4	La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.	25
3.5	La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.....	26
3.6	La pensión que conforme al artículo 97 del CC correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.....	27
3.7	Ratificación del Convenio Regulador.....	29
4.	COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.....	31
IV.	DESARROLLO DEL DICTAMEN	33
1.	NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO REGULADOR	33
2.	CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS COMO CAUSA DE LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ..	34
2.1	Modificación de la cuantía de la pensión de alimentos	41
3.	PENSIÓN COMPENSATORIA.....	45
4.	PROCEDIMIENTO.....	51
5.	PRÁCTICA DE LA PRUEBA	53

V. ESTRATEGIA PROCESAL	56
VI. CONCLUSIONES	57
VII. BIBLIOGRAFÍA	59

ABREVIATURAS

AP→ Audiencia Provincial

Art→ artículo

CC→ Código Civil

CE→ Constitución Española

DGRN→ Dirección General de los Registros y el Notariado

INE→ Instituto Nacional de Estadística

LEC→ Ley de Enjuiciamiento Civil

LH→ Ley Hipotecaria

Rec→ Recurso

RRDGRN→ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado

LO→ Ley Orgánica

Ss→ Sentencias

STC→ Sentencia Tribunal Constitucional

STS→ Sentencia Tribunal Supremo

Cuando surge la necesidad de escoger un caso práctico sobre el que desarrollar un Trabajo Fin de Máster aparece la duda de cuál elegir. En mi caso no tuve muchas dudas sobre la materia, quería que fuese un caso de Familia, es lo que más me gusta, y donde la relación de confianza entre abogado y cliente cobra especial relevancia.

La relación con el cliente es especial desde el principio en estos asuntos: el cliente suele llegar en uno de los momentos más duros de su vida, en los que pese a que la decisión esté tomada (o aún queden dudas) resulta complejo aceptarla. Además de ser muchos los intereses que resultan afectados, lo son de la máxima relevancia afectiva, económica, de gran duración en el tiempo.

Las cosas se agravan si además hay hijos comunes menores de edad, por lo que las emociones y los sentimientos aún son más fuertes, ocasionando a veces problemas donde no debería haberlos.

Si entre los padres, pese a los problemas, hay una buena relación y se puede llegar a un acuerdo el trabajo resulta muy gratificante. Pero no es extraño que esa buena fe inicial se convierta en una litigiosidad prolongada. Por ello me resulta muy interesante el supuesto concreto sobre el que voy a trabajar.

El asunto se planteó, en apariencia, de forma sencilla pues se obtuvo un acuerdo y el divorcio se tramitó consensualmente. Ahora bien, lo cierto es que detrás de esa aparente sencillez existieron muchas horas de negociaciones complejas entre los abogados de las partes. Creo que el éxito inicial (llegar a un Convenio Regulador de mutuo acuerdo) no tuvo otra causa que ese trabajo profesional del que luego no queda más constancia que el Convenio Regulador que se firmó.

I. LOS HECHOS

Se solicita mi parecer, en los términos que ulteriormente se enunciarán, sobre la próxima cuestión jurídica, que viene configurada sobre los siguientes datos de hecho:

Primero un análisis del Convenio Regulador al que llegaron de mutuo acuerdo las partes. Con algunas especificaciones que serán pertinentes a la hora de su estudio.

Para dicho análisis habrá que tener en cuenta algunos datos de especial relevancia:

El matrimonio entre el Señor García y la señora Pérez había tenido una duración de once años.

La vecindad civil de ambos cónyuges era la común ya que ambos nacieron allí y no habían cambiado de residencia a lo largo de los años.

Su régimen económico matrimonial era el legal en Madrid, que es el régimen de gananciales, puesto que ambos eran madrileños al momento de casarse y no habían otorgado capitulaciones matrimoniales. Por tanto era de aplicación el régimen Ganancial tal y como se estipula en el artículo 9.2 del CC «*Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.*

La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107».

La fecha en la que se celebró el matrimonio, se casaron el 15 de Abril de 2003 en Madrid.

Había dos hijas menores de edad del matrimonio: Pilar y Marta, nacidas respectivamente en 2004 y 2009.

La situación económico laboral de ambos esposos era la siguiente: ambos disponían de trabajos remunerados y estables pues los dos eran funcionarios con plaza en propiedad.

Los ingresos del esposo eran algo superiores a los de la esposa (sobre un 20% más). Es de recalcar aquí que la madre contaba con una jornada de mañana mientras que el padre trabajaba en turnos rotatorios.

Segundo, hechos que sostiene la posterior demanda de modificación de medidas que instó la parte contraria de forma contenciosa.

A los 11 meses de llegar al mutuo acuerdo y establecer el Convenio Regulador posteriormente explicado el Señor García recibe una demanda de modificación de medidas que contiene la siguiente súplica:

- Fijación de una pensión alimenticia de 400 euros mensuales por niña. En dicho importe quedarán incluidos los gastos de actividades extraescolares y material de las mismas, cualquier gasto derivado del cuidado de las menores, incluida la contratación de personal para atenderlas.
- Quedarán excluidos de la pensión de alimentos la estancia, mantenimiento y desplazamiento con ocasión de campamentos de verano de las hijas; los gastos médicos privados o ajenos al sistema de Seguridad Social.
- Que el padre sufrage el 75% de los gastos extraordinarios y la madre el 25%.
- Solicitar el establecimiento de la pensión compensatoria.

II. CONSULTA

El Señor García solicita un dictamen sobre la postura más aconsejable a adoptar ante esta pretensión de su exesposa a la que él desearía oponerse en su totalidad.

Y el letrado firmante emite el presente dictamen y plantea las siguientes soluciones proponiendo la solución que se expondrá.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

1. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El reconocimiento en diversos textos internacionales y la expresa incorporación al ordenamiento jurídico español de la prevalencia del interés del menor en los asuntos que le afecten, viene proyectándose, desde hace años, en nuestros tribunales. Es esencial la previsión de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La doctrina especializada habla abiertamente de un principio general del Derecho inducido, por vía de generalización, de las múltiples normas civiles que recogen el interés superior del menor, viene proyectándose, desde hace años, en nuestros tribunales, que en el concepto del «interés del menor» lo importante es su función de contrapeso, para proteger al menor como parte débil en sus relaciones sociales, de control, ante todo peligro o amenaza que pudiera afectarle y su utilidad como criterio para resolver los conflictos de intereses que le afecten. En el ámbito de las rupturas matrimoniales o de las relaciones convivenciales de los progenitores, el interés del menor es criterio determinante para la adopción de medidas personales sobre custodia y relaciones con el no custodio, si el sistema elegido fuera el monoparental, custodia compartida, atribución de la custodia a terceros, uso de la vivienda familiar o pensiones de alimentos. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que propicia la flexibilidad de quienes han de aplicar las normas, atendiendo a la realidad y circunstancias concurrentes en cada caso, aunque no deje de provocar cierta e indeseable inseguridad jurídica, especialmente en un Derecho que, como el español, a diferencia de otros, carece de criterios normativos preestablecidos para la concreción de cuál sea el interés del menor¹.

Es cierto que, en defecto de previsión legal, tales factores vienen siendo definidos por la jurisprudencia con carácter bastante asentado y que entre ellos suele manejarse el de proporcionar estabilidad emocional al menor, de modo que ocupa un lugar preferente el mantenimiento de su *status* (tanto material como emocional) y la adaptación a su hogar, centro escolar y comunidad. Es por ello que no puede extrañar que tales factores, junto a otros, resulten decisivos a la hora de tomar decisiones iniciales sobre guarda y custodia,

¹DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional.» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº1, 2013.

cuando uno de los progenitores proyecta un cambio de residencia o este ya se ha producido. Tampoco puede negarse que, tras la ordenación en sentencia judicial de un régimen personal de relaciones del menor con sus progenitores, ello sea decisivo si se interponen demandas de modificación de medidas, al amparo de lo previsto en los arts. 91 CC y 775 LEC.

La redacción de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor define lo siguiente:

«Artículo 1. Ámbito de aplicación.

La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad».

Artículo 2. Interés superior del menor

Modificado por art. I.2 de Ley Orgánica núm. 8/2015, de 22 de julio.

«Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

No podía pasarse por alto el concepto de interés superior del menor ya que es el que ha de primar en este tipo de asuntos, no sólo en la resolución judicial definitiva sino que igualmente va a regir la postura que adopte el Ministerio Fiscal si el asunto llega a tramitarse por vía contenciosa.

2. SEPARACIÓN Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

Para la realización de dictamen sobre la consulta generada por el Señor García es necesario un estudio previo sobre la primera parte del caso, es decir, la redacción y posterior ratificación del Convenio Regulador que querrá modificar la Señora Pérez.

El Convenio Regulador inicial se otorgó de acuerdo con las siguientes circunstancias:

El matrimonio había tenido una duración de once años.

La vecindad civil de ambos cónyuges era común, ya que ambos nacieron allí y no han cambiado de ciudad a lo largo de los años.

Su régimen económico matrimonial: era el legal en Madrid de Bienes Gananciales, puesto que ambos eran madrileños al momento de casarse y no habían otorgado capitulaciones matrimoniales. Por tanto tal y como se estipula en el artículo 1316 del CC «*A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales*»².

La fecha en la que se celebró el matrimonio, se casaron el 15 de Abril de 2003 en Madrid, y en este caso se trata de un matrimonio celebrado bajo la forma canónica con efectos civiles.

Había dos hijas menores de edad del matrimonio: Pilar y Marta, nacidas respectivamente en 2004 y 2009.

La situación económico laboral de ambos esposos era la siguiente: ambos disponían de trabajos remunerados y estables pues los dos eran funcionarios con plaza en propiedad. Los ingresos del esposo eran algo superiores a los de la esposa (sobre un 20% más).

La sociedad ganancial era propietaria de dos inmuebles (uno de ellos el domicilio conyugal); dos turismos y una motocicleta. Ambos inmuebles soportaban sendos préstamos hipotecarios.

² Las alusiones al CC y a la LEC se harán conforme a la legislación vigente tanto en 2014 para el Convenio Regulador como en 2015 para la modificación de medidas.

El Señor García no tenía claramente tomada la decisión de si instar directamente el divorcio o la separación del matrimonio³.

Por todo ello se llegó a los acuerdos que se recogieron en el Convenio Regulador que seguidamente analizaremos como antecedente necesario para la resolución del presente dictamen.

El acuerdo se posibilitó porque la disposición de los esposos entonces fue priorizar el bienestar de sus hijas y el desarrollo de la obtención del mismo fue el siguiente:

Había que resolver y, en su caso acordar, los siguientes extremos:

- La solicitud de separación o, en su caso, divorcio directo.
- Fijar la atribución del uso del domicilio conyugal.
- Régimen de custodia de las menores.
- Establecimiento de un régimen de visitas y partición de vacaciones.
- Fijación de la pensión de alimentos para Pilar y Marta.
- No establecer pensión compensatoria.
- Reparto de los bienes, pero sin liquidación del régimen económico todavía.

En este tipo de asuntos la recomendación siempre es tratar de obtener un acuerdo, ya que a la hora de decidir estos aspectos un Juez la solución puede no ajustarse a lo que le interesa a ninguna de las partes (por ejemplo en materia de visitas, vacaciones etc. será difícil que el Juez acierte con el interés de los padres).

A lo hora de plantear éste supuesto hay que hacer varias matizaciones. En este tipo de casos en la primera visita una vez han planteado el problema personal hay que explicar y analizar el problema en la esfera jurídica y sus consecuencias. Para empezar hay que explicar la diferencia entre separación y divorcio, aunque en la mayoría de los casos no crea ningún problema de tipo moral, hay que dejar claras ambas opciones. Y explicarle al solicitante las diferencias que existen entre ambas figuras.

La separación en sentido amplio de los cónyuges se produce cuando tiene lugar el cese efectivo de la convivencia conyugal. Cuando esa cesación se ampara en una resolución

³ Aunque se trataba de un mutuo acuerdo ambas partes eran asistidas por sus respectivos abogados y procuradores.

judicial que la decreta, estamos ante el instituto jurídico de la separación, regulado en los artículo 81 y siguientes del CC⁴.

La separación, como institución jurídica, puede desempeñar diversas funciones: como mecanismo autónomo de la solución de las crisis matrimoniales, como paso previo necesario a la solicitud de divorcio, y, en relación con ésta, como tiempo de reflexión antes de solicitar el divorcio.

Los efectos civiles más relevantes de la separación de hecho, se refieren a la filiación (se suspende la presunción de paternidad del marido artículo 116 CC), al ejercicio de la patria potestad (atribuida por el artículo 156 CC al cónyuge con quien conviven los hijos comunes), a derechos sucesorios (artículos 834 y 945), y al régimen económico matrimonial (arts. 1388,1393.3º o 1442 CC).

La situación de separación de hecho finaliza bien por la disolución del matrimonio (normalmente por divorcio), bien por convertirse en separación judicial, previo el correspondiente proceso, bien por la reconciliación de los cónyuges, que vuelven a vivir juntos en los términos ya estudiados⁵.

El divorcio, en nuestro Derecho, es la disolución del matrimonio civil decretada judicialmente en vida de ambos cónyuges, a petición de uno de ellos, o de los dos⁶.

Dispone el artículo 86 del CC, que se «*Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81*» para el divorcio.

Así pues:

- 1- Nuestro Derecho no exige la concurrencia de causa alguna para que quiera solicitar el divorcio: basta la voluntad de los dos cónyuges, o la de uno solo de ellos, sin que el Juez pueda rechazar la demanda. Este punto en ocasiones es difícil hacérselo entender a los clientes, por ejemplo en casos de infidelidad que el

⁴MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso De Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2011, p. 149-155.

⁵MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Op. cit.*, p. 156-157.

⁶MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.,*Op. cit.*, p. 157-163.

hecho en sí no tenga ninguna relevancia para el divorcio o que uno de ellos no quiera divorciarse y el otro sí y no tenga problemas para conseguir el divorcio. Como ya he dicho estos casos de familia son una materia muy sensible en la que la labor del abogado en ocasiones resulta compleja para hacerle entender al cliente que ha de separar entre lo sentimental y lo jurídico.

- 2- Cuando la demanda de divorcio es interpuesta por ambos cónyuges, o puesta por uno con el consentimiento del otro, ha de acompañarse a la demanda propuesta de convenio regulador. Si la demanda ha sido interpuesta por un solo de ellos, ha de acompañarse a la demanda la propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados del divorcio.
- 3- Para poder interponer la demanda de divorcio es también preciso, como en la separación, por regla general que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo en el supuesto de que la demanda sea formulada por uno solo de los cónyuges, y *«Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.*
2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación» (artículo 81 CC, en virtud de la remisión que realiza el artículo 85 CC).

En este supuesto no había inconveniente en solicitar directamente el divorcio tal y como así se hizo pues se encontraba ya en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y

divorcio. Realmente, desde esta modificación legal prácticamente no se solicitan separaciones pues, a la postre, si luego se quiere contraer nuevo matrimonio habrá que acudir al divorcio lo que multiplicaría los gastos. Así se hizo ver al Señor García quien aceptó lo que se le proponía.

Pese a que en el momento en que se redactó el Convenio Regulador fue en 2014 aquí creo preciso remarcar el cambio que se ha producido en la LEC este 2015 en los artículos en referencia al Procedimiento Especial de Matrimonio y Menores modificados por la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

La entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en lo que ahora interesa, comporta la modificación de los arts. 81 y 82 del CC, dotando de contenido normativo al art 87 del mismo texto legal, puesto que esta norma carecía del mismo desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio. De la misma forma, la Disposición Final Tercera de esta Ley modifica el art. 777 de la LEC. Por último, se modifica el contenido del art. 54 de la Ley de 28 de marzo de 1862, del Notariado⁷.

A su entrada en vigor, el art. 82 del CC dispone que la separación se decretará judicialmente cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus padres, cualquiera que sea la forma de la celebración del matrimonio. Prevista la separación judicial para estos casos, el art. 82 del CC determina que los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial, o en escritura pública ante Notario, convenio en el que junto a la voluntad inequívoca de separarse, los cónyuges deberán determinar las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación, en los términos establecidos en el art. 90.

El texto actual del art. 87 del CC determina que los cónyuges podrán también acordar su divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial que ahora (tras la reforma de la LOPJ) se trata de Letrado al servicio de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el

⁷PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO,C., «Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducidas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n °10, 2015, págs. 6-7.

contenido regulado en el art. 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él.

De esta nueva ordenación cabe concluir que en todos aquellos supuestos de separación o divorcio en los que no existan hijos menores de edad, ni mayores con capacidad modificada judicialmente que dependan de sus padres y en los que las partes estén de acuerdo, no solo en lo relativo a la separación o al divorcio, sino en lo establecido en un convenio regulador libremente acordado, se excluye la intervención judicial. Esta queda reducida exclusivamente a aquellos casos en los que no se aprecien algunas de las condiciones legalmente previstas.

Los efectos y medidas comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, analizados de forma sucinta en el apartado anterior, conllevan las siguientes situaciones posibles⁸.

Existencia de un acuerdo entre los cónyuges: la figura del convenio regulador, regulada en el artículo 90 del CC.

En ausencia de acuerdo entre los cónyuges surgen las medidas judiciales que pueden adoptarse también, de forma provisional:

Medidas Provisionales Previas, es decir, antes de la interposición de la demanda, regulada en los artículos 104 y 105 del CC.

Medidas Provisionales Coetáneas, que van a ser adoptadas al interponerse la demanda, regulada en los artículos 102 y 103 del CC.

Una de las medidas comunes a los procedimientos de nulidad, separación o divorcio es, en ausencia de acuerdo entre ambos cónyuges el establecimiento de medidas judiciales definitivas, es decir aquellas que son adoptadas en la sentencia.

⁸SÁNCHEZ HERNÁNDEZ,C.,TORRES PEREA,J.M.,LUQUE JIMÉNEZ,M.C., «Derecho Matrimonial II. Disolución, separación y nulidad. Efectos comunes y medidas provisionales», en *Esquemas de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, CAÑIZARES (Dir.),t. XXXVII,Tirant Lo Blanch,2013,p.50.

3. EL CONVENIO REGULADOR

La primera parte del caso consistió en fijar los límites de la negociación, en qué puntos no iban a estar de acuerdo y había mayores diferencias de criterio entre los esposos.

Los datos a tener en cuenta para la negociación del convenio como señalé, eran los relativos a duración del matrimonio, ingresos de ambos, número de hijos menores o dependientes económicamente y bienes y cargas comunes.

Fijar la atribución del uso del domicilio conyugal, el Señor García no se oponía a que el uso domicilio conyugal se atribuyese a la esposa e hijas menores atendiendo a la conveniencia de estas últimas.

Régimen de custodia de las menores, dada la situación laboral de ambos progenitores (él trabaja con turnos rotativos de mañana, tarde y noche y ella lo hacía en horario sólo de mañana) igualmente el Señor García consideró que sus hijas estarían mejor atendidas por la madre.

Establecimiento de un régimen de visitas y partición de vacaciones, el señor García deseaba un régimen de visitas lo más amplio posible y compatible con sus horarios laborales. Igualmente deseaba disfrutar de la compañía de sus hijas los puentes festivos y los máximos periodos vacacionales que fuera posible.

Fijación de la pensión de alimentos para Pilar y Marta, fue este el punto de mayor dificultad dadas las, a mi juicio, excesivas pretensiones de la esposa y la pequeña diferencia de ingresos de uno y otro cónyuge.

No establecer pensión compensatoria en esta cuestión el Señor García fue tajante pues los ingresos de ambos no tenían gran diferencia y eran adecuados a sus respectivas capacitaciones profesionales. Aquí sí que no había margen para la negociación.

Reparto de los bienes comunes no había más límite que tratar de obtener un reparto equitativo incluso con compensaciones a metálico con dinero privativo si fuera preciso.

Sobre estos antecedentes fácticos se establecieron los pactos concretos que se dirán teniendo en cuenta los siguientes fundamentos jurídicos.

La legislación a aplicar respecto del contenido del acuerdo a otorgar se contenía en el artículo 90 del CC.

El artículo 90 del CC contiene dos reglas de distinto ámbito y eficacia:

- 1- Una referente a los convenios reguladores de la separación y divorcio por mutuo consentimiento, artículo 90. 1 del CC.
- 2- Y otra relativa a la validez general de los acuerdos de los cónyuges en orden a regular los efectos de la nulidad, separación y divorcio artículo 90,2: aquí se incluyen los anteriores, pero también los acuerdos a que puedan llegar los cónyuges en situaciones diferentes a las indicadas.

El artículo 90 del CC regula en un contenido mínimo (al menos) sin excluir que puedan establecerse cualesquiera otros pactos. Dándose los supuestos de hecho, la regulación de los efectos de la separación y el divorcio han de versar necesariamente sobre los puntos allí mismo señalados. Así el citado artículo regula *«El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos»*.

En cuanto a los efectos de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, el CC predispone en sus artículos 90 y siguientes un estatuto jurídico común, que da una especial relevancia al acuerdo de los cónyuges. Hasta el punto de ser dicho acuerdo, básicamente a través del llamado convenio regulador, la fuente principal de la regulación jurídica de la materia. Las disposiciones legales y judiciales se consideran, en términos generales, como supletorias de lo acordado por los cónyuges. Únicamente en caso de que los cónyuges no hayan logrado ponerse de acuerdo, o si el convenio no es aprobado judicialmente, corresponderá al Juez determinar las consecuencias de la sentencia (artículo 91 CC)⁹.

El convenio regulador es la pieza básica del sistema de efectos comunes diseñado por el CC, lo que permite coherenciar la regulación legal unitaria con las peculiaridades de cada caso concreto.

⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso De Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2011, p. 170.

El contenido mínimo del convenio regulador está legalmente predeterminado por el artículo 90.1 CC. Esta predeterminación legal se refiere no al contenido material del convenio, sino al elenco de cuestiones que deben ser necesariamente resueltas en él. Así, de acuerdo con el artículo 90.1 CC., el convenio regulador deberá contener al menos los extremos reflejados en el artículo 90 del CC.

El Convenio Regulador contiene unos mínimos que deben establecerse, ahora bien, deja a la libertad de pacto de ambos cónyuges un contenido mayor que el establecido por el Código. El Convenio versa sobre mínimos, para que cuando haya una mala relación o ambos excónyuges no se pongan de acuerdo puedan acudir al Convenio para evitar el conflicto. Pero si la relación es buena el Convenio puede dejarse como mínimo e ir adaptando los propios excónyuges lo dispuesto en el Convenio como mejor les convenga. Por ejemplo a la hora de cambiar algún fin de semana o ampliar las horas de visitas intersemanales, si los cónyuges están de acuerdo no hay ningún problema, ahora bien en el momento en que no haya consenso podrán acudir a lo recogido y aprobado en el Convenio Regulador.

Analizaré los apartados del artículo 90 del CC complementándolos con el primer Convenio Regulador.

Artículo 90.

«El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos

3.1. El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

El apartado A del artículo 90 del CC contempla la necesaria determinación del padre o madre a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

De ordinario, la titularidad de la patria potestad corresponde a la madre y al padre, es decir, a ambos progenitores, que la han de ejercer conjuntamente de acuerdo con lo establecido en el artículo 156 de nuestro CC. El carácter compartido de la patria potestad tiene esta naturaleza, exista o no matrimonio entre los progenitores, si bien exige una filiación legalmente determinada, sea matrimonial o no matrimonial. Constituye una relación jurídica que se impone por imperio de la Ley, en el momento en que ha quedado determinada la filiación y sin que sea preciso solicitar la atribución de tales funciones, las cuales son inherentes a la condición de progenitor legalmente reconocida¹⁰.

El mencionado artículo 156 del CC determina que el ejercicio de estas funciones se realizará conjuntamente por ambos progenitores, o bien por uno de ellos con el consentimiento del otro, ya sea expreso o tácito, resultando válidos, a estos efectos, los actos de esta naturaleza que realice uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.

Esta forma de actuar, conforme al denominado uso social, delimita, de alguna forma, las funciones tutelares que los progenitores ejercen respecto de sus hijos y deriva de la arcaica función de la *auctoritas* que, en tiempos pasados, en época romana, se ejercía con algunas connotaciones despóticas y en beneficio –al contrario que en la actualidad– de aquel que ostentaba tales funciones y como elemento de protección del grupo social en el que la familia se encontraba encuadrada.

La familia, y el Derecho de Familia, han evolucionado y hemos pasado de un sistema de autoridad patriarcal, de tiempos remotos, a la actual función de la patria potestad, en el que el ejercicio autoritario de la jerarquía familiar ha dejado paso a una función meramente social, encaminada a orientar el cumplimiento de los deberes que afectan a los progenitores en relación con sus hijos, convirtiendo la institución de la patria potestad en una función, en la que sobresalen los deberes de los progenitores frente a los hijos, más que los derechos que aquéllos pudieran tener en relación con éstos. Con ello, el principio, fundamental en el ámbito del Derecho de Familia, del «*favor filii*» se configura como esencial en el marco de las relaciones familiares y en todas aquellas relaciones jurídicas y situaciones en las que intervengan los hijos menores de edad.

En el caso objeto de estudio se estableció de la siguiente manera:

¹⁰ROMERO COLOMA, A.M., «Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad », en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 4,2015,p.1-2.

- Marta y Pilar quedaron bajo custodia de la madre, con la patria potestad compartida por ambos. En este caso se optó por la custodia de la madre ya que sus horarios laborales eran mucho más compatibles con el cuidado de las niñas que los del padre. Como ya señalé con anterioridad la madre trabajaba en un horario de mañana lo que suponía que no hubiera que contratar a una tercera persona para hacerse cargo de las menores. Por otra parte el padre trabajaba en un régimen de turnos rotatorios lo que dificultaba cualquier otra opción.
- Se estableció el siguiente régimen de visitas y comunicación que de acuerdo con las pretensiones del Señor García fue bastante amplio para que el padre pudiera disfrutar de las niñas dada la excelente relación de las menores con ambos progenitores pero teniendo en cuenta sus horarios de trabajo.

A) Fines de semanas alternos, recogiendo a los menores a la salida del centro escolar hasta el domingo por la noche a las 21:30 que las llevará al domicilio materno.

Los puentes festivos escolares se adjudicarán al fin de semana que corresponda a cada progenitor.

B) Días laborables: aquellas semanas que no le toquen al padre las menores pasarán dos tardes desde la salida del colegio hasta las 21:30.

C) Mitad de periodos vacacionales de las menores en Navidad y Semana Santa, para cuyo cómputo se tendrán en cuenta los periodos de vacación escolar del territorio del domicilio de las menores, y conforme al acuerdo de los padres, decidiendo en su defecto la madre en los años impares y el padre en los pares.

El periodo de vacaciones de semana santa se subdivide en dos idénticos correspondiendo el primer periodo hasta las 12, 00 horas del día en que concluya la mitad. La madre deberá recoger y reintegrará a las menores en el domicilio de la madre. En las vacaciones de Navidad, la primera mitad será desde la salida del último día de colegio antes de las vacaciones de Navidad hasta el día 30 de Diciembre al mediodía, y la segunda mitad dese ese momento hasta el 7 de Enero.

D) La mitad de los periodos vacacionales de verano. El periodo de vacaciones de verano se entiende comprendido por los periodos de vacaciones escolares de los que

permanecerán por iguales periodos con ambos padres, dividiendo los meses por quincenas, adjudicando una quincena alternativamente para cada uno de los progenitores.

Del mismo modo, los días que van desde el final del curso escolar, en el mes de junio y los días que van desde el 1 de Septiembre hasta el inicio del curso siguiente, se adjudicarán alternativamente entre los progenitores, adjudicando estos periodos de manera que ni el primero de ellos coincide con la primera de julio, ni el segundo con la última quincena de agosto, con el mismo progenitor.

En todo caso, en defecto de acuerdo, la elección de las quincenas corresponderá a la madre en los años impares y al padre en los pares.

Los progenitores recogerán y reintegrarán a las menores, durante el periodo de vacaciones correspondiente, en la hora y el domicilio que los padres acuerden, fijando en caso de duda el domicilio del progenitor que los ha de recibir.

E) El presente régimen de comunicaciones y visitas se entenderá de aplicación sin perjuicio de la asistencia de las hijas a eventos especiales, como son viajes escolares, campamentos, cursos de verano, etc.

F) Asimismo, en lo que se refiere a los cumpleaños de las menores o de los padres, la permanencia de aquellos con estos vendrá determinada por el acuerdo de los comparecientes, y en su defecto regirá el régimen de comunicación y visita previsto con carácter general.

G) Los padres podrán comunicarse por cualquier método con las hijas, a diario, cuando lo estime conveniente, con el debido respeto al normal y cotidiano desarrollo de la vida de las menores, sus horarios y obligaciones escolares y familiares.

Todo lo anterior se entenderá sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias, sea necesario efectuar puntuales cambios o alteraciones de estas pautas, aplicando todo ello con la debida flexibilidad, y atendiendo en primer lugar a las necesidades de las menores.

Si por alguna circunstancia uno de los progenitores no pudiera recoger o entregar a las hijas en las horas indicadas, deberá ponerlo en conocimiento del otro, con una antelación mínima de veinticuatro horas, para poder adoptar las decisiones que sea necesarias.

3.2. Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquellos.

Esta previsión fue introducida por la Ley 42/2003, de 21 de Noviembre, la misma ley añadió, en el párrafo II del artículo 90.1. del CC un inciso conforme al cual «*si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarla previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento*». Así pues, la inclusión de un régimen de visitas a favor de los abuelos es potestativa, tanto para los cónyuges (que pueden incluirlo o no en el convenio), como para el Juez (que puede aprobar o no el régimen propuesto). En todo caso, la aprobación exige que previamente los abuelos hayan consentido en el régimen de visitas propuesto por los padres. Conviene advertir que la existencia de un régimen de visitas a favor de los abuelos no depende de que los cónyuges lo incluyan en el convenio regulador, sino que puede ser adoptado por el Juez al amparo del artículo 94.II del CC.

En este supuesto no fue necesario estipular nada más, simplemente se concretó que en el momento en que los menores estuvieran con su madre se relacionarían con la familia materna y cuando estuvieran con el padre con la rama paterna. Quedando redactado de la siguiente manera:

La comunicación de las menores con sus abuelos, tíos y otros parientes y allegados tendrá lugar respecto de la rama materna mientras las niñas estén con la madre y en cuanto a la paterna cuando estén con el padre.

Hay que insistir en la buena relación de las menores con la familia tanto paterna como materna y no planteándose problemas por parte de los padres en estos puntos.

3.3 La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

Quedó redactado de la siguiente manera «*Respecto al uso del domicilio conyugal sito en Madrid, vivienda de la que son propietarios ambos esposos, el uso de dicho*

immueble de atribuye a la esposa, sin perjuicio de las demás estipulaciones previstas en el presente convenio».

Por su parte el Señor García no tenía ninguna objeción a que las menores siguieran viviendo en el que había sido el domicilio familiar, estando además cerca del Colegio de las niñas.

Una de las dudas que se plantean en estos asuntos es el hecho de si es inscribible o no el uso y disfrute del domicilio conyugal en el Registro de la Propiedad. Respecto al acceso al Registro del derecho que hacen referencia los arts. 90.1 CC.) y 96 CC, con independencia de la polémica doctrinal sobre quién sea realmente, en el ámbito sustantivo, el titular de tal derecho cuando existen hijos menores (los hijos, el progenitor custodio y tales hijos conjuntamente o sólo el progenitor).

Desde el punto de vista registral se considera titular siempre a uno de los excónyuges, aunque lo sea en función de la protección de un interés de los hijos menores de edad, si estos existieran. No cabe inscribir tal derecho en el Registro si la vivienda es propiedad de terceros ni tampoco, porque carece de interés tal reflejo registral, si el uso es atribuido en separación o divorcio al cónyuge titular dominical (RRDGRN de 6 julio y 19 septiembre 2007, 10 octubre 2008 y 14 mayo 2009).

En los demás casos, que sea inscribible la atribución de la vivienda al excónyuge que no es propietario es algo indiscutible para la DGRN, pues, incluso sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, lo que, como es sabido ha negado recientemente el Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1^a, en Pleno de 14 enero 2010, doctrina reiterada por la de 18 marzo 2011). En todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido (R. de 25 octubre 1999)¹¹.

¹¹DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Convenio regulador de separación o divorcio y Registro de la Propiedad», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2011, p.7 -8.

3.4 La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

Como pensión de alimentos para las dos hijas comunes, ambos comparecientes acuerdan que el Señor García hará frente al abono de CUATROCIENTOS EUROS (400€) mensuales, por estimarse adecuada a sus posibilidades actuales, suma que deberá hacerse efectiva durante los doce meses del año, dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta que designe la madre.

Dicha cantidad será revisada anualmente, con efectos de 1 de enero de cada ejercicio y en función de las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

Esta obligación será mantenida por el Señor García, mientras las hijas no tengan una independencia económica y aunque alcancen la mayoría de edad, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 92 del CC.

En cualquier caso, cada uno de los progenitores se obliga a abonar el cincuenta por ciento de los siguientes casos y desembolsos:

- Cuota de la Asociación de padres y madres del centro escolar.
- Libros, material y matrícula de principio de curso escolar de cada hija.
- Actividades extraescolares en las que haya común acuerdo entre los progenitores, decidiendo la madre en caso de discrepancia injustificada.
- Cualesquiera otros gastos, incluidos los de enfermedad, farmacéuticos, etc., no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados o afiliados los progenitores
- Ropa y otros equipamientos necesarios para el desarrollo de las actividades extraescolares anteriormente mencionadas.

En este punto hay que establecer que las menores apenas tenían gastos más allá de los cotidianos de alimentación, vestuario o dinero de bolsillo. Las niñas asistían a un Colegio Público, tenían cobertura de asistencia sanitaria de la Seguridad Social de sus padres y se pactó de forma detallada aquellos gastos que ambos progenitores asumirían por mitad.

Sin embargo este punto será objeto de estudio a lo largo del trabajo de forma más detallada por la ulterior litigiosidad que produjo.

3.5 La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio

El régimen económico matrimonial que era vigente en el momento de la redacción del Convenio Regulador era el de gananciales, pactando en este acto y para el futuro el de separación de bienes, sin que se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal, a salvo de las especificaciones que a continuación se exponen:

- 1- Se adjudica a la esposa el uso de la vivienda familiar sita en la localidad de Madrid y del mobiliario y ajuar que en el mismo se contiene.
- 2- Se adjudica a la esposa el uso de la vivienda familiar sita en la localidad de Jaca y del mobiliario y ajuar que en el mismo se contiene.
- 3- Se adjudica a la esposa el uso del vehículo turismo 1.
- 4- Se adjudica al esposo el uso del vehículo turismo 2.
- 5- Se adjudica al esposo el uso del vehículo motocicleta.
- 6- Los comparecientes declaran haber repartido por mitad y retirado los saldos existentes en las cuentas abierta en entidades bancarias o de ahorro.
- 7- La esposa asume íntegramente, hasta su definitiva cancelación y liquidación la obligación de pago del préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual.
- 8- El esposo asume íntegramente, hasta su definitiva cancelación y liquidación la obligación de pago de los vencimientos del préstamo hipotecariosobre la vivienda sita en Jaca.

Además de las medidas de carácter personal relativas a los hijos menores o mayores no independientes económicamente, si los hubiera, en el convenio regulador de separación o divorcio propio de los procedimientos consensuados adquieren relevancia especial los pactos de naturaleza patrimonial atinentes a bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos. En particular, puede incluirse la liquidación del régimen económico del matrimonio o se pueden fijar las bases para la futura liquidación o realizar una liquidación sólo parcial, aunque ello no sea contenido mínimo necesario del Convenio, según la común interpretación del art. 90.1 E)CC, pues puede aprobarse sin tal liquidación, que se

difiere a un momento ulterior, siendo ésta una práctica muy habitual para, como resalta la RDGRN de 6 septiembre 2005, propiciar una rápida solución al conflicto personal planteado. Además, es frecuente que las partes alcancen otros acuerdos, plasmados en el convenio regulador convenientemente homologado por la autoridad judicial, más allá del contenido mínimo del art. 90 CC, que tengan por objeto la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles en beneficio de terceros, principalmente los hijos, o resulta posible que acuerden la transmisión entre ellos de la propiedad de bienes privativos en concepto de la prestación compensatoria por desequilibrio a que hace referencia el art. 97 CC¹².

Desde la perspectiva del Registro de la Propiedad, esencial cuando hacemos referencia a derechos sobre bienes inmuebles, en principio el convenio regulador es inscribible (en realidad el título inscribible es el testimonio, expedido por el secretario judicial, de la sentencia que homologa el convenio en procedimiento consensuado), sin necesidad del otorgamiento de una ulterior escritura pública, doctrina reiterada por la DGRN desde las RR de 25 febrero y 9 y 10 marzo 1988, respectivamente. Sin embargo, y sin perjuicio de que, por supuesto, la aprobación judicial del convenio regulador no convierte en inscribibles pactos que, por la forma en que se establecen, carecen de trascendencia real (art. 98 LH y, por todas, la RDGRN de 11 septiembre 2003).

Que el testimonio del convenio sea título inscribible por sí mismo, sin necesidad de otro, es una afirmación que, siempre según el Órgano Directivo, puede sostenerse sólo tomando en consideración la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador. Sin que pueda servir de cauce formal para actos que tienen su significación negocial propia, respecto de los cuales deberán analizarse su concreto contenido y la finalidad perseguida por las partes (RDGRN de 25 octubre 2005).

3.6 La pensión que conforme al artículo 97 del CC correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

En este supuesto ambos esposos renunciaron expresamente a la Pensión Compensatoria. Como ya he señalado con anterioridad ambos cónyuges trabajaron

¹²DÍAZ MARTÍNEZ, *loc.cit.*, p.1

constante matrimonio y no se daban los requisitos necesarios que regula el artículo 97 del CC para establecer dicha pensión compensatoria.

La pensión compensatoria(art. 97 CC) es aquella que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por uno de ellos, en relación con el otro, como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio. Su fundamento -su razón de ser- es el desequilibrio, un hecho económico objetivo, cuya única singularidad es que esté producido por la separación o el divorcio, que inicialmente, cuando se estableció, sólo podía producirse por una causa específica. La obligación es resarcitoria de un perjuicio, el desequilibrio, y nace del hecho de la ruptura de la solidaridad económica matrimonial por la mera circunstancia de la desaparición de la misma. No es necesario el dolo, la culpa o la negligencia en tal quiebra por parte del deudor¹³.

El convenio requiere aprobación judicial, que no se dará si los acuerdos a que han llegado los cónyuges son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de ellos. En tales casos el juez puede denegar la aprobación mediante resolución motivada. Producida la denegación, los cónyuges deberán someter al Juez nueva propuesta, para su aprobación, si procede (artículo 90.II CC); esta nueva propuesta podrá limitarse a los puntos no aprobados por el juez inicialmente (artículo 777.7 LEC). Si no hay aprobación judicial se produce la determinación judicial subsidiaria de los efectos definitivos.

Es de notar la gradación en la intensidad del perjuicio que el precepto realiza, según sean perjudicados los hijos- en cuyo caso se exige el mero perjuicio-, o uno de los cónyuges, en cuyo caso lo que se pide es el perjuicio grave.

La aprobación judicial no es una simple homologación, una vez comprobada la concurrencia de los requisitos legales, pero tampoco es una decisión discrecional del juez: este debe entrar a conocer de su contenido, y debe también aprobarlo, salvo que concurran las citadas circunstancias de perjuicio para los hijos, o grave perjuicio para uno de los cónyuges.

¹³ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA,L.,«La pensión compensatoria, hoy», en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 868, 2013,p.2.

La aprobación judicial perfecciona el convenio, y le dota de fuerza ejecutiva, incluso por vía de apremio (artículo 90.2 *in fine* CC); además, el juez podrá establecer garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio (artículo 90.4 CC, 774.4 LEC).

Las medidas que el Juez adopta en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. Dicha alteración sustancial será objeto de estudio en los próximos apartados del trabajo dada la repercusión que tiene en el caso objeto de análisis.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

3.7 Ratificación del Convenio Regulador

La ratificación del convenio regulador por ambos cónyuges entraña la expresión solemne de su conformidad con la petición formulada y con el contenido de la propuesta de Convenio, lo que quiere decir que, una vez que se ha manifestado libremente el consentimiento de ambos cónyuges sobre el acuerdo referido a los extremos del convenio, esa decisión, siempre, hay que añadir, que haya sido tomada libre y voluntariamente, se torna irrevocable en el marco del procedimiento en que fue emitida, siendo vinculante para todos los interesados¹⁴.

La ratificación del convenio regulador es, desde el punto de vista procesal, un acto de causación, cuya característica fundamental es originar un determinado estado o situación jurídica en el proceso que se muestra irreversible, en cuanto predetermina un efecto previsto directamente en la ley. De ahí que, en la ratificación, como en todo acto procesal, la ley presuma su seriedad, validez y licitud y únicamente permita eliminar el acto cuando

¹⁴ROMERO COLOMA, A. M., «La revocación del convenio regulador», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 249, 2012, p.2-3.

se demuestra la ausencia total de voluntad, como lo revela el que el único medio de declarar nulo y sin efecto el acto de alguna de las partes sea el que esté realizado bajo la violencia o intimidación,artículos 225.2º y 226.2º de la LEC . De lo contrario, si se admitiera la retractación, el arrepentimiento o la simple y unilateral denegación de su eficacia, la misma idea de proceso desaparecería.

En el mismo sentido, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de 25 de mayo de 2005, declaró que, una vez producida, por separado, la ratificación de la petición de separación o divorcio y del convenio regulador presentados de común acuerdo por ambos cónyuges,exartículo 777.2 de la LEC, no puede uno de ellos mostrar, con posterioridad, su disconformidad, porque ello supondría ir contra los propios actos. También en Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha 19 de Marzo de 2014«*Cabe referir que nos encontramos ante un convenio regulador ratificado en el seno de un procedimiento de divorcio, homologado judicialmente, por lo que como expresión de la voluntad de las partes tiene plena validez en cuanto a aquellas medidas o acuerdos que tienen carácter dispositivo, y se integra en la sentencia que se dicta*». La teoría de los propios actos y la doctrina derivada de los mismos, como principio general del Derecho, ha sido desarrollada por una jurisprudencia reiteradísima y constituye uno de los fundamentos más importantes y necesarios para establecer la seguridad jurídica y, en su consecuencia, obtener la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de nuestra Constitución. En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo con fecha de 28 de Julio de 2015«*[...] la doctrina de predica que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, al intentar ahora oponer una disciplina procesal de la que hizo consciente dejación en un momento precedente, suponiendo tal pretensión procesal una patente contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe habría de atribuirse a su conducta antecedente, lo cual se traduce en impedir el ejercicio del Derecho contradictoriamente propuesto, oponiéndose al mismo*».

Los actos propios se definen como expresión inequívoca del consentimiento que, actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y que, además, causan efecto frente a terceros. La inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurran los presupuestos o requisitos que la

doctrina exige para su aplicación. Para que vinculen a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer, fijar o modificar una determinada situación jurídica con carácter trascendental y definitivo, causando efecto, y ha de ser concluyente e indubitable y con alcance inequívoco, y el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo, de forma inequívoca, la intención y situación de quien lo realiza.

Un convenio regulador realizado por ambos cónyuges, con intervención y asistencia de Letrado, a presencia judicial y con pleno conocimiento de su contenido y alcance, sin que, a la hora de emitir el consentimiento, se produjeran vicios que pudieran invalidar éste, es plenamente eficaz y no puede, desde el punto de vista legal, ser revocado una vez que haya sido ratificado en el marco del proceso judicial de separación o divorcio

4. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

El procedimiento a aplicar en el caso objeto de estudio es el regulado en la LEC en lo referente a los procesos matrimoniales y de menores, artículos 769 y ss., en concreto habría que aplicar el artículo 777 de la LEC al tratarse este supuesto de un mutuo acuerdo.

La redacción de dichos artículos en 2014 era la siguiente:

«Artículo 769. Competencia¹⁵.

1. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante o de los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco

¹⁵Texto original, publicado el 08/01/2000, en vigor a partir del 08/01/2001, siendo de aplicación en 2014.

pudiere determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor.

2. En el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo a que se refiere el artículo 777, será competente el Juez del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes.

3. En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

4. El tribunal examinará de oficio su competencia.

Son nulos los acuerdos de las partes que se opongan a lo dispuesto en este artículo».

Resultaban competentes por tanto los Tribunales de Primera Instancia de los de Madrid ya que es el lugar donde se encuentra el domicilio conyugal.

Como paso previo al análisis del caso concreto es necesario hacer un estudio breve y conciso de la naturaleza jurídica del convenio regulador así como de las posibilidades de modificación del mismo y los requisitos para tales modificaciones.

IV. DESARROLLO DEL DICTAMEN

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO REGULADOR

El convenio regulador ha sido objeto de diversos planteamientos tanto por la doctrina española como por nuestra jurisprudencia, si bien, en la actualidad, prevalece la concepción de este acuerdo entre los cónyuges como un negocio jurídico de Derecho de Familia, si bien esta conceptualización no aparece en nuestro Ordenamiento Jurídico y ha de ser deducida del conjunto de sus normas¹⁶.

El artículo 90.2 de nuestro CC establece que los acuerdos relativos al convenio serán aprobados por el órgano judicial competente, salvo que sean gravemente dañinos para los hijos o perjudiciales para los cónyuges. Efectivamente, los cónyuges, en los procedimientos de mutuo acuerdo relativos a la separación o al divorcio, han de presentar al órgano judicial competente propuesta de convenio regulador. Una vez ratificada la petición de separación o divorcio de mutuo acuerdo y el convenio regulador a presencia judicial en forma separada por los cónyuges, con pleno conocimiento de su contenido y alcance, con el debido asesoramiento de Letrado.

La modificabilidad tanto del convenio regulador o los acuerdos de los cónyuges como de las medidas adoptadas judicialmente, resultan con carácter general tanto del artículo 90.III («*Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código*

De acuerdo con estos preceptos cabe:

- 1- Nuevo convenio o nuevo acuerdo entre los excónyuges modificativo del anterior. Este nuevo convenio precisa igualmente la aprobación judicial. De esta forma lo harán los cónyuges de mutuo acuerdo llegando a un consenso entre ellos.

¹⁶ROMERO COLOMA, A. M., «La revocación del convenio regulador», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 249, 2012, p.1-2.

- 2- Modificación tanto de las medidas convencionales como de las judiciales, a petición de cualquiera de los cónyuges, del Ministerio Fiscal si hay hijos menores o incapacitados (artículo 775.1 LEC), cuando se hayan alterado sustancialmente las circunstancias.

En el supuesto objeto de estudio las modificaciones instadas por la parte contraria eran consecuencia de:

1. Un incremento de los ingresos del Señor García.
2. Además añadía la solicitud de una pensión compensatoria a la que ambos habían renunciado de forma expresa en el Convenio Regulador.

Habrá que valorar pues como primer objeto de estudio si las alteraciones de las circunstancias que alega la actora en primer término son ciertas y de serlo si tienen el carácter sustancial el cual deben revestir para justificar la modificación del convenio regulador. Haciendo especial hincapié en que fue voluntad de ambos cónyuges ratificar el Convenio Regulador analizado con anterioridad de Mutuo Acuerdo.

2. CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS COMO CAUSA DE LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

He dejado establecidos los pactos que la esposa iba a intentar modificar pasados once meses desde la sentencia dictada. También las circunstancias de hecho que condujeron a la suscripción de tales pactos, en atención al derecho vigente cuando se obtuvo el acuerdo para regular las medidas del divorcio que se solicitó.

Tal y como planteaba al principio, se empezó con una relación entre los ahora ex cónyuges en la que primó el bienestar de las niñas y se pudo llegar a un mutuo acuerdo. Pero al poco tiempo de estar vigente el Convenio Regulador se planteó una modificación de medidas contenciosa por parte de la Señora Pérez que pretendía incrementar la pensión de alimentos, modificar la contribución a gastos extraordinarios.

Las razones que aduce para ello son un supuesto incremento de los ingresos del padre por encontrarse impartiendo determinados cursos en un Colegio que durante el matrimonio no realizaba lo que incrementaba sus ingresos.

La documentación que aportó el Señor García acreditaba que el contrato que le unía con el centro docente tenía una duración trimestral y la remuneración era de 500 euros mensuales.

El deseo de mi solicitante era oponerse a todas estas pretensiones y solicitó asesoramiento y dictamen acerca de la postura a adoptar, las posibilidades de defensa en juicio e incluso la conveniencia o no de tratar de pactar un nuevo acuerdo acogiendo en parte las pretensiones de su exesposa.

Había que analizar pues la viabilidad de la modificación del Convenio Regulador previamente firmado así como si las circunstancias aducidas por la Señora Pérez eran de la suficiente entidad como para que justificasen dicha modificación en los términos pretendidos.

En relación a la modificación de ingresos que alegaba la parte actora el Señor García concretó que efectivamente, además de su trabajo como funcionario en la sanidad pública, había sido contratado para impartir unas prácticas con duración trimestral en un Colegio, por el cual recibiría una remuneración de 500 euros mensuales y no tenía seguridad alguna de que se le volviese a contratar el curso siguiente¹⁷.

Esta modificación sustancial de las circunstancias, a las que aluden tanto el artículo 90 CC, como el artículo 91 CC, puede afectar al conjunto de medidas adoptadas inicialmente, o bien justificar únicamente la modificación de alguna o algunas de ellas (derecho de visitas, compensación por desequilibrio, uso de la vivienda o ajuar familiar), cuando son estas las que resulten afectadas en concreto por una alteración de las circunstancias, si bien puede ser considerada sustancial respecto a esa medida concreta, quizás no podría no ser calificada como tal desde una perspectiva más general.

Las medidas convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. Tal se observa, el convenio- y por otra parte las medidas judicialmente acordadas- está sometido a una legal

¹⁷No concurría incompatibilidad para ello y había sido expresamente autorizado para impartir dichas prácticas.

cláusula de actualización dependiente de una variación sustancial de las circunstancias, y sobre todo la apreciación de sustancialidad, son determinaciones totalmente casuísticas.

El CC habla de alteración sustancial, lo cual significa que ha de ser grave, pero sin que esa gravedad se pueda entender como supuesto derivado de variaciones extraordinarias e insólitas en las circunstancias, sino como importantes en función de la configuración inicial de las prestaciones, a las que se quiere equilibradas, como demuestra la posibilidad de su nueva aprobación cuando entrañen un grave perjuicio para los cónyuges. Cuando el mantenimiento de la situación originariamente pactada suponga la producción de un perjuicio de esa entidad o al menos no leve para una de las partes, estaríamos ante la sustancialidad de la alteración que el artículo menciona por otra parte, hay que dar un amplio margen en estos casos al Juez, cuando se requiera la revisión judicial, y en las demás hipótesis, o sea, si la modificación se instrumenta a partir de un convenio, las partes serán ellas mismas las determinantes de la necesidad de variación del acuerdo.

Los arts. 90 párrafo 3.ºY 91 *in fine* Cc. contemplan la posibilidad de modificar las medidas definitivas convenidas por los cónyuges o adoptadas por el Juez en defecto de acuerdo en caso de separación, nulidad o divorcio. En ambos casos, la modificación requiere mutuo acuerdo entre las partes o que se determine judicialmente en procedimiento contencioso. Si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, de acuerdo con el art. 775.2 de la LEC se seguirá el trámite consensuado, lo que supone la necesidad de presentar un nuevo convenio. En el contencioso, se presentará la demanda por quien pretenda la modificación, con oposición de la otra parte¹⁸.

Precisamente, en un proceso contencioso de modificación de medidas, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, en Sentencia de 11 de septiembre de 2013 destaca en su Fundamento de Derecho 4.^a, del carácter de fijeza que rige como regla general en materia de efectos patrimoniales que se derivan de la sentencia de la separación y/o el divorcio, «*hasta el punto de no poder ser modificados sino es cuando se produzca un cambio sustancial e imprevisto de las circunstancias contempladas para su adopción,*

¹⁸CALLEJO RODRÍGUEZ, C.,«Pensión de alimentos a favor de los hijos y situación de desempleo del alimentante», en *Revista la Ley Derecho de Familia*, nº Primer Trimestre,2014,p.1-2.

ajeno a la voluntad de las partes, que haga que su mantenimiento resulte en abierta contradicción con el propósito tenido en cuenta a la hora de regularlos o establecerlos».

Es importante recalcar el significado de que para el cambio o modificación de cualquiera de los conceptos sea contradictorio con el propósito que se tuvo en cuenta a la hora de regularlos o fijarlos.

En efecto, ese carácter general de fijeza, junto a la necesaria ponderación de los principios de eficacia positiva de la cosa juzgada material y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ha llevado a interpretar en sentido restrictivo los términos «alteraciones sustanciales» recogidos en los arts. 90 y 91 del CC y 775 de la LEC, de manera que no todo cambio de circunstancias determina la modificación de medidas definitivas en caso de separación, nulidad o divorcio. La jurisprudencia viene exigiendo reiteradamente una serie de requisitos que ha de revestir esa alteración de circunstancias para ser tenida en cuenta. Siguiendo la sentencia que comentamos, para que la acción de modificación prospere, se requiere:

a) Un cambio objetivo en la situación contemplada a la hora de adoptar la medida que se trata de modificar¹⁹.

Esto supone 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, 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.

En el objeto de estudio es claro que este primer requisito sí que se contempla, puesto que no estaba prevista esta contratación para las clases en el Colegio en el momento en el que se ratificó el Convenio Regulador.

b) La esencialidad de esa alteración, en el sentido de que el cambio afecte al núcleo de la medida y no a circunstancias accidentales o accesorias.

Es preciso que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

¹⁹CALLEJO RODRÍGUEZ, C.,«Pensión de alimentos a favor de los hijos y situación de desempleo del alimentante», en *Revista la Ley Derecho de Familia*, nº Primer Trimestre,2014,p.2-3.

En cambio en este requisito ya no encaja, porque se trata de una circunstancia que no afecta al núcleo de la medida porque va a suponer para el Señor García un pequeño aumento de sueldo (al fin y al cabo 1.500 € anuales).

c) La permanencia de la alteración, en el sentido de que ha de aparecer como indefinida y estructural y no meramente coyuntural.

La expresada alteración no puede ser meramente coyuntural, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo. Por eso, no se concederá la modificación si se trata de variaciones meramente episódicas.

Obviamente dado que se trata de un contrato con una duración determinada en el tiempo es claro que no cumple con el requisito de la permanencia que debe aparecer. De hecho habla de que sea indefinida y estructural y no meramente coyuntural, como de los hechos expuestos se desprende claramente el carácter temporal de la nueva situación.

d) La imprevisibilidad de la alteración, pues no procede la modificación de la medida cuando, al tiempo de ser adoptada, ya se tuvo en cuenta el posible cambio de circunstancias, o al menos se pudo alegar por las partes, y no se hizo así.

A pesar de que la jurisprudencia de manera insistente se refiere a la imprevisibilidad de la alteración, la doctrina ha puesto de manifiesto certeramente que no es necesario que se trate de hechos imprevisibles, sino de hechos que no se tuvieran en consideración por las partes en el momento de fijarse las medidas. Esto lleva a excluir aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias. Por eso, no tendrán virtualidad para justificar dicha modificación los acontecimientos que, aún sobrevenidos, hubiesen sido contemplados, siquiera implícitamente, por los otorgantes del convenio o por el juez al tiempo de adoptar las medidas, ni aquellos que, aun suponiendo una alteración de las circunstancias, no inciden de manera esencial y básica en las condiciones de hecho que se tuvieron en cuenta en el acuerdo, pudiendo deducirse razonablemente que, de haberse previsto, no habrían determinado un cambio en los términos del convenio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 10 julio de 2008).

En este supuesto no se pudo tener en cuenta puesto que no se contaba con ello, fue una oportunidad que surgió a raíz de la confianza que su compañeros tenía en el Señor

García, por ello no pudo ser tenida en cuenta en el momento de la Ratificación. Fue una novedad para el solicitante quien se encontró con esta oportunidad²⁰.

e) Finalmente, que la alteración no sea debida a un acto propio y voluntario de quien solicita la modificación, al menos en cuanto el acto excede del desarrollo y evolución normal de las circunstancias vitales de dicha persona.

Para que prospere la pretensión modificativa, se requiere que la alteración de las circunstancias quede al margen de la voluntad de quién insta el nuevo procedimiento, de forma que no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas.

La señora Pérez no había tenido nada que ver con las clases que empezó a impartir el Señor García.

En definitiva, se requiere hacer un análisis comparativo de la situación actual y la existente cuando se fijaron las medidas para determinar si, en efecto, se ha producido la alteración invocada que justifica una modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o en la correspondiente resolución judicial, en caso de separación, nulidad o divorcio²¹.

Partiendo de estos requisitos, y como destaca la sentencia comentada, «*se habrá de justificar que los datos que en su día se tuvieron en cuenta a la hora de dictar la resolución cuya modificación se insta, han variado esencialmente, determinando con ello que exista un desajuste importante entre la situación regulada con la que se da en la actualidad, exigiéndose, por tanto, la presencia de hechos acaecidos con posterioridad y que por sí mismos tengan relevancia suficiente como para amparar la modificación que se pretende, ya que no es objeto de este procedimiento revisar lo ya resuelto, sino adecuarlo a los cambios que ulteriormente se hayan podido producir*» (FD 1.º). Han de tratarse de variaciones que vayan más allá de las que pudieran considerarse ordinarias y habituales en la vida familiar de forma tal que el contenido del acuerdo o los

²⁰Este segundo trabajo, ciertamente, no era algo previsto a la fecha de suscribirse el Convenio sino que la oportunidad le surgió de forma inesperada al ofrecérselo el compañero al que sustituyó, que se jubilaba ese curso.

²¹Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 4 de mayo de 2012, Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 22 de noviembre de 2010, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 febrero de 2009, Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 16 enero de 2008.

pronunciamientos de la resolución no respondan ya a la realidad subyacente, originándose una lesión de los derechos de los litigantes o de los hijos y un desequilibrio y un desajuste entre aquella situación y la realmente existente en la actualidad, y que exija un replanteamiento de las relaciones personales o económicas inherentes a tales medidas; y siempre que, además, dichos cambios no sean propiciados voluntariamente por quien insta el proceso modificatorio (Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 3 febrero de 2009 y Murcia, Sección 4.^a, de 5 mayo de 2011).

De todo lo indicado con anterioridad no se puede obviar la importancia que se da a la sustancialidad del cambio y a que este no sea meramente temporal o coyuntural, el objetivo último del Convenio Regulador cuando existen hijos menores es el bienestar de los mismos por eso se intenta darle un carácter de permanente a los acuerdos adoptados pero con cierta flexibilidad para realizar cambios cuando las circunstancias así lo aconsejen. Pero dichas circunstancias deben ser tratadas con el mayor cuidado posible.

Concluir por tanto que las medidas convenidas por los cónyuges en Convenio Regulador, o en defecto de pacto, las medidas que el Juez adopte, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo Convenio, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Toda modificación de las medidas acordadas en la sentencia requiere:

- Que las alteraciones sean verdaderamente transitorias, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia.
- Que sean permanentes o duraderas, 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 fueran establecidas.

Por tanto a la luz de lo analizado no se cumplen los requisitos para hablar de cambio sustancial en las circunstancias. No cabría por tanto la modificación de medidas instadas por la parte contraria, sin embargo es preciso analizar la modificación de medidas en relación a la pensión de alimentos.

2.1 Modificación de la cuantía de la pensión de alimentos

La fijación de la cuantía de la prestación de alimentos a favor de los hijos se encuentra sujeta a la concurrencia y ponderación de dos presupuestos: la capacidad, medios y disponibilidad económica de la persona obligada a su prestación, en este caso, los progenitores (alimentantes); y las necesidades del hijo (alimentista), conforme al correspondiente estatus o posición social de la familia. La Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, en su Sentencia de 10 julio de 2008, precisa que *«a efectos de la fijación de alimentos, lo que el art. 146 del CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quién haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia (...) relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado «mínimo vital» o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad»*.

Aunque los arts. 90.3 y 91 *in fine* del CC, así como el art. 775 LEC condicionan la modificación de las medidas, ya sea a través de procedimiento contencioso, como a través de procedimiento consensuado, a la alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al acordarlas, la doctrina ha puesto de manifiesto cómo esta exigencia se mantiene estrictamente en los procesos contenciosos pero se relaja en los consensuados, en los que se puede hablar de una «flexibilización». Ahora bien, cuando se trata de medidas relativas a los hijos, como es el caso de la modificación de la pensión de alimentos a favor de los hijos menores, en tanto que el Juez debe velar para que el nuevo acuerdo no sea perjudicial para ellos, parece necesario acreditar el cambio sustancial de circunstancias a que se refieren estos preceptos.

Puede decirse, en definitiva, que las medidas judicialmente adoptadas están sometidas a una legal cláusula de actualización dependiente de una variación sustancial de la coyuntura en que fueron acordadas. Que el presupuesto para el cambio de tales medidas es la alteración sustancial de las circunstancias. Lo que exige una ponderación por el juzgador de las concurrentes al tiempo de la adopción de las medidas cuya

modificación se pretende y las actuales. Pero que el concepto de alteración sustancial de las circunstancias, y sobre todo la apreciación de la “sustancialidad”, son determinaciones totalmente casuísticas. Y aunque cuando la Ley habla de alteración sustancial parece referirse a que ha de ser grave. Sin embargo, esa gravedad no se puede entender como supuesto derivado de variaciones extraordinarias e insólitas en las circunstancias, sino como importantes en función de la configuración inicial de las prestaciones, a las que se quiere equilibradas, como demuestra la posibilidad de su nueva aprobación cuando entrañen un grave perjuicio para los cónyuges. Por eso cuando el mantenimiento de la situación originariamente pactada o adoptada por el Juez suponga la producción de un perjuicio de esa entidad, o al menor no leve para una de las partes, se debe considerar que estamos ante la sustancialidad de la alteración que el artículo 90 del CC menciona.

Los presupuestos que han de concurrir para que tenga lugar una modificación de la pensión alimenticia al amparo de los artículos 90 y 91 CC:

a) Que haya tenido lugar, y así se acredite, un cambio en el conjunto de las circunstancias o representaciones consideradas al tiempo de adoptar las medidas relativas a los hijos como determinantes de su contenido. Obviamente, tales circunstancias no pueden ser otras que las referidas a los ingresos de los padres obligados a proporcionar alimentos a los hijos y a las necesidades de estos últimos (v. art. 146 CC).

En este apartado me encuentro con que efectivamente los ingresos del padre sí que han aumentado, aunque en pequeña cuantía, pero en ningún momento se ha acreditado (porque no existían) un aumento en las necesidades de las niñas. Que siguen siendo los mismos gastos que se tomaron como referencia en el momento de las negociaciones para el Convenio Regulador.

b) Que el cambio sea sustancial, o lo que es igual, grave, serio o importante; digno de producir un perjuicio a cualquiera de los interesados por romper la regla de proporcionalidad inicialmente aplicada.

No se puede hablar de cambio sustancial cuando el aumento de sueldo implica únicamente 1.500 € anuales más.

c) Que la alteración evidencie signos de permanencia; que no se trate de un cambio meramente coyuntural o transitorio.

La apreciación de tales presupuestos obliga al Juez, antes de acceder a la modificación de la pensión, a analizar las circunstancias presentes en cada caso con el fin de comprobar si efectivamente se ha producido una alteración que merezca el calificativo de sustancial y presente visos de estabilidad en el tiempo. Veamos, a través de diferentes sentencias, los resultados a los que se llega.

La Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 4 de Diciembre de 2014 señala *«En este sentido conviene recordar que es general doctrina seguida por las diversas Audiencias que las sentencias matrimoniales, por las que se han de regir en lo sucesivo las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges e hijos (arts. 92 y ss. del CC, si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar afectados por el proceso de nulidad, separación y divorcio; por ello, como no podía ser de otra forma, el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurriese el supuesto de hecho contemplado en los arts. 90 y 91 del CC, es decir en los casos en los que se produjese "una alteración sustancial de circunstancias". Alteración de circunstancias que, por otra parte, para ser tenida en cuenta ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la Jurisprudencia, tales como que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; permanente o duradera y no coyuntural o transitoria; que no sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituida con finalidad de fraude; y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en el que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas. Es por ello que una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada en la sentencia de divorcio».*

El art. 39.3 de la Constitución española impone a los padres la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos, lo que, naturalmente, incluye el deber de alimentarlos. La obligación alimenticia respecto de los hijos deriva del hecho de la generación —es decir, de la filiación o relación paternofilial, y no exclusivamente de la patria potestad (art. 154. 1.º CC), puesto que también es exigible en los supuestos en que los progenitores no la ostenten (arts. 110 y 111 CC). Tal obligación rige con

independencia de si los hijos han sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE o de si se ha producido la nulidad matrimonial, la separación o el divorcio (art. 92.1)²².

Cuando los hijos menores conviven con ambos progenitores, la obligación alimenticia de estos se cumple mediante su contribución al levantamiento de las cargas familiares. En cambio, en los supuestos de crisis matrimonial, el deber de mantenimiento del progenitor no conviviente se cumplirá mediante el pago de la pensión alimenticia. En este sentido, el art. 93 del CC establece que *«El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento»*.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código».

La finalidad de la obligación que nos ocupa difiere de la perseguida con la de alimentos entre parientes, puesto que, mientras en ésta únicamente *«ha de facilitarse el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, esto es, “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica” (art. 142 CC ...la de alimentos a los hijos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad»* (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 14 marzo 2005).

En coherencia con ello, y según el art. 93 del CC, los alimentos a los menores deberán acomodarse a las *«circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento»*, de manera que *«lo dispuesto en los arts. 146 y 147 del Código Civil solo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (art. 154.1 del Código Civil con carácter indicativo, por lo que caben en sede de éstos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia*

²²MARTÍN AZCANO, E. V.«Crisis matrimonial: análisis de ciertos efectos de la sentencia de divorcio relativos al *ex cónyuge* y a los hijos comunes», en *Actualidad Civil La Ley*, nº7-8,2014, p.5.

jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 julio 2002). Eso supone —según el Tribunal Constitucional— la obligación de los padres *«de financiar no sólo los gastos ordinarios de su mantenimiento sino también los de carácter extraordinario»* (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 14 marzo 2005).

A la luz de lo expuesto no cabe hablar de una modificación de medidas, en primer lugar lo que prima es el interés de las menores. Sin embargo no han tenido ningún aumento de gastos, siguen siendo los mismos que en el momento de la modificación y pese a que es cierto que su padre ahora recibe un ingreso extra, va a tener una duración determinada e insisto en que el cambio no reviste el necesario carácter de sustancial.

3. PENSIÓN COMPENSATORIA

La solicitud en este momento, en un procedimiento contencioso de modificación de medidas, habiéndose renunciado a ella en pacto anterior no tiene ninguna viabilidad pues se trata de un derecho dispositivo que los esposos renunciaron en su momento y dicha renuncia fue plenamente eficaz, Sin embargo analizaremos jurídicamente la cuestión para poder darle una respuesta completa a el Señor García.

Tras la reforma de la Ley 15/2005 el estado original del artículo 97 del CC va a sufrir unas modificaciones de especial relevancia. Esta reforma del artículo va a traer consigo un cambio en la denominación del concepto, va a pasar de pensión compensatoria a compensación por desequilibrio económico. Sin embargo, va seguir utilizándose ambas denominaciones. En parte, porque los artículos que son necesarios para el establecimiento de la compensación por desequilibrio económico van a mantener el término pensión, sin realizar el cambio de nomenclatura.

La pensión compensatoria se encuentra muy íntimamente ligada al concepto jurídico de equidad significa el uso de la imparcialidad para reconocer el derecho de cada uno, utilizando la equivalencia para ser iguales, y proviene del latín “equitas”. Siendo buena muestra de ello el uso para su cálculo de elementos no estrictamente económicos. Por otro lado, existe un cierto consenso doctrinal a la hora de descartar su posible carácter

indemnizatorio o alimenticio, afirmándose que ésta tendría más bien una naturaleza resarcitoria o compensatoria; si bien en numerosas sentencias se hace un uso indistinto de todos estos términos²³.

En todo caso, pocas dudas se plantean a la hora de señalar su finalidad primordialmente reequilibradora. Y es que el cese en la convivencia y en los deberes de asistencia y de socorro mutuos entre los cónyuges podría dar lugar, en alguno de ellos, a un desequilibrio de índole económica respecto de esa situación que se encontraba disfrutando previamente a la ruptura.

La pensión compensatoria es una fuente de protección económica destinada a conseguir un equilibrio o igualdad patrimonial entre los miembros de la relación conyugal. Uno de los principales motivos por los que resultan importantes estudiar la pensión compensatoria es para evitar que se convierta en un instrumento que fomente el parasitismo social y así permitir que como causa de la separación o divorcio uno de los cónyuges pueda vivir a costa del otro.

La pensión compensatoria ocompensación por desequilibrio económico aparece como tal regulada en el artículo 97 del CC, sufrió una importante reforma a raíz de la Ley del 2005, quedó redactada según reza el artículo 97 de la siguiente forma *«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»*.

Lo primero que alude el artículo 97 es al concepto de desequilibrio económico definir el mismo, quedando como el empeoramiento económico en relación con la situación existente constante el matrimonio, y que debe resultar de la comparación entre las condiciones económicas de cada uno de los cónyuges, antes y después de la ruptura y que ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia(Sentencias del Tribunal Supremos de 23 de Enero de

²³CUENCA ALCAINES, B., «Pensión compensatoria del artículo 97 CC y el Régimen Económico de Separación de Bienes ¿procede o no procede?», Noticias Jurídicas, 2010, <http://noticias.juridicas.com/>, consulta realizada el 20 de Noviembre de 2015.

2012, Recurso 124/2009, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Junio y 19 de Octubre de 2011, Recursos 1940/2008 y 1005/2009)²⁴.

Las circunstancias que determinan su importe:

Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges

La edad y el estado de salud.

La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

La dedicación pasada y futura a la familia.

La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

La duración del matrimonio y la convivencia conyugal.

La pérdida eventual de un derecho de pensión.

El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

Cualquier otra circunstancia relevante.

Estas circunstancias indicadas en el artículo comentado para la fijación de la pensión son unos criterios orientativos y no determinativos para el juez, que no se excluyen entre sí y deben de ponderarse de forma conjunta. Por lo tanto, es una lista abierta, no se trata de una enumeración “*numerus clausus*”²⁵.

El momento en que debe ponderar la existencia de dicho desequilibrio debe ser el tiempo en que se produce la ruptura matrimonial «es necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a sí procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía»²⁶.

²⁴ PARDILLO HERNÁNDEZ,A., «La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1.º del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, nº 8010,Sección Dossier,2013,p.2.

²⁵ LACRUZ BERDEJO,J.L.,SANCHO REBULLIDA,F.A.,LUNA SERRAGO,A.,DELGADO ECHEVERRÍA,J.,RIVERO HERNÁNDEZ,F.,RAMS ALBESA, J. ,«Régimen común a la nulidad, separación y divorcio» en *Familia*, Rams (Rev.),t.IV,Dykinson, Madrid,2010,p.105-106.

²⁶Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 19 de Enero de 2010, RJ 2010\33.

«La pensión compensatoria es (...) 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»²⁷.

a) La finalidad reequilibradora de la pensión compensatoria —de compensar razonablemente el empeoramiento de la situación económica de uno de los cónyuges tras la ruptura—, tal y como se ha indicado anteriormente, es diferente de la de la pensión alimenticia, con la que se trata de subvenir a las necesidades de subsistencia de uno de los cónyuges. Por ello, no resulta necesario para reclamar la pensión compensatoria la prueba de la existencia necesidad, bastando la prueba del desequilibrio vinculado a la ruptura (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2008, y 10 de marzo de 2010, entre otras), y la pensión por alimentos acordada en un procedimiento de separación no puede sustituirse o transformarse en una pensión compensatoria en el posterior procedimiento de divorcio (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010, Recurso 501/2006).

b) El derecho reconocido a una pensión compensatoria se trata de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal, por lo que es susceptible de renuncia por su beneficiario, 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 (Sentencia del Tribunal

²⁷ STS de 10 de marzo de 2009, Rec. 1541/2003, contiene una completa definición de la pensión compensatoria (con cita de la STS de 10 de febrero de 2005, Rec. 1876/2002, entre otras).

Supremo de 17 de julio de 2009). Sin embargo, el derecho de alimentos al referirse a las necesidades de subsistencia no puede ser renunciado previamente por los cónyuges (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009).

c) La pensión compensatoria se prolonga por el tiempo reconocido en sentencia, más allá del divorcio, sin perjuicio de la eventual concurrencia futura de una eventual causa de modificación o extinción del derecho; mientras que el derecho reciproco de alimentos, dado su carácter familiar, se mantiene únicamente mientras continua constante el matrimonio, aunque se haya producido la separación de los cónyuges, y se extingue cuando los cónyuges han obtenido el divorcio, al finalizar la obligación de socorro mutuo del art. 68 CC (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2008, Recurso 1932/2008)²⁸.

La renuncia expresa o tácita del acreedor.

Dada su naturaleza dispositiva estará sometida a la autonomía de la voluntad con los límites establecidos en el artículo 6.2 «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» puede ser renunciada por quien tenga derecho a la misma, bien no haciéndola valer, al excluirla del convenio regulador de la separación o divorcio, cuando el proceso matrimonial es de mutuo acuerdo, o bien no solicitándola en cualquiera de sus escritos iniciales, es decir, en la demanda, contestación o reconvención, en el proceso matrimonial contencioso, o bien renunciando posteriormente, una vez declarado en su favor el derecho a apercibirla, siempre, claro es, que no conste vicio alguno del consentimiento, ni se vulnere lo preceptuada en el expresado artículo 6.2 del CC, que no resulte contraria al interés o el orden público, ni perjudique a terceros, conllevando en tal caso su extinción sin posibilidad de rehabilitación.

Por lo tanto dicho esto queda claro que por su clara naturaleza dispositiva puede ser renunciada pero no solo eso, sino que la forma de renunciarla también se puede entender de no hacerla valor. Dado que en el supuesto objeto de análisis se expresa su renuncia claramente no cabe solicitarla en este momento.

²⁸ PARDILLO HERNÁNDEZ, A., “La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1.º del Tribunal Supremo”, en *Diario La Ley*, nº 8010, Sección Dossier, 2013, p.5.

Así en ese sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Ourense el 23 de Diciembre de 2014 «*La petición en el proceso de divorcio podía decirse que se formuló, aunque de manera incorrecta, y esa petición jurídicamente incorrecta equivale a la no petición o reclamación de pensión, intentando subsanarse ahora, también de manera incorrecta, aquella omisión por el cauce procedural del juicio ordinario formulado únicamente a tal efecto, cuando ya todos los efectos derivados del divorcio habían quedado establecidos. Y lo cierto es que no es posible solicitar así "ex novo" una pensión compensatoria que no se fijó en la sentencia de divorcio. Esto es, en modo alguno viene habilitada la apelante para volver a solicitar una pensión compensatoria que no interesó oportunamente en vía de reconvención a la demanda de divorcio deducida por su esposo, no pudiendo ahora volver a conocer y resolver nuevamente, con el argumento de que la cuestión replanteada quedó imprejuzgada, cuando quedó cerrada definitivamente la posibilidad por causa imputable exclusivamente a la ahora recurrente, que en el momento procesal oportuno, hizo dejación de la posibilidad de formular demanda reconvencional en juicio de su derecho a reclamar la pensión compensatoria, no planteándola en legal forma, lo que dio lugar a su rechazo. Las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial fueron definitivamente zanjadas en el procedimiento de divorcio y, por ello, la nueva petición de tal carácter, entonces rechazada, ha de considerarse una cuestión alcanzada por los efectos de la cosa juzgada.»*

Pero no solo por su naturaleza dispositiva sino del mismo artículo 97 del CC habla de la premisa de la que va a partir la compensación por desequilibrio económico ya a ser la ruptura del matrimonio, tanto por divorcio como por separación.

En el momento en que la pareja decida poner fin a su matrimonio podrá aparecer la figura de la compensación por desequilibrio económico. Y a raíz de dicha situación habrá que estudiar con detenimiento los postulados para ver si procede la compensación por desequilibrio económico. Por lo tanto se va a partir de una situación en la que los cónyuges ya no van a serlo, o bien por separación o divorcio.

En primer lugar, la compensación por desequilibrio económico no es de carácter necesario, sino facultativo y su concesión sólo tiene lugar a instancia del cónyuge que, reuniendo las circunstancias que señala el precepto del artículo 97 del CC, lo demanda judicialmente. Es decir, va a tener un carácter dispositivo en el proceso en el sentido de

que se trata de una medida reguladora adoptada en el seno de un juicio matrimonial sujeta a la libre disposición de las partes y no apreciable de oficio por el juzgador, necesitando siempre de solicitud y petición expresa de parte y por ello, además, en ese ámbito renunciable, transaccionales, convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5º de 14 de junio de 2000). Con apoyo en esto sólo se puede conceder la compensación por desequilibrio económico si se solicita a instancia de parte, nunca de oficio. Por lo tanto el juez no va a tener capacidad para solicitarla, aunque se den todos los presupuestos necesarios para que exista dicha pensión, sino única y exclusivamente para concederla. La pensión compensatoria va a estar sujeta por tanto al principio de rogación, ya que los intereses que la motivan van a ser puramente particulares. Y por esto será a instancia de parte su solicitud²⁹.

4. PROCEDIMIENTO

El procedimiento a seguir es el previsto en el artículo 770 de la LEC.

«Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas:

- 1. ª A la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.*
- 2. ª La reconvenCIÓN se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla.*

²⁹PINTO ANDRADE,C., «Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria en el artículo 97 del Código Civil», en *Diario la Ley*, nº 7571, Sección Tribuna, 17 Febrero de 2011, p 2.

Sólo se admitirá la reconvención:

- a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.*
- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.*
- c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.*
- d) 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.*

3. ^a A la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia 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. También será obligatoria la presencia de los abogados respectivos.

4. ^a Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

5. *“En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo.*

6. *“En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.*

7. *“Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación».*

Por ello mi intervención inicialmente consistirá en contestar a la demanda dentro del plazo que se nos haya concedido al efecto y asistir a la celebración de la vista que se señale para la práctica de prueba e informe. Tanto la contestación a la demanda como el desarrollo de la vista se realizarán de la forma prevista para el juicio verbal, si bien, con las peculiaridades previstas para los Procesos Especiales en los artículos 748 al 755 de la LEC.

5. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

El legislador instaura un procedimiento específico en la LEC, para definir las relaciones jurídicas que deben fijarse entre las personas que deciden extinguir su vínculo conyugal o afectivo. Esencialmente, el procedimiento permite reestructurar las relaciones personales entre los distintos miembros de la familia con posterioridad a su crisis, según lo previsto en el CC. Por lo que respecta al procedimiento establecido, se advierte que en la fase probatoria coexiste el principio de aportación de parte junto con el principio de oficialidad. Lo cierto es que la facultad que se le atribuye al juzgador en acordar la práctica de pruebas *ex officio* recae únicamente sobre las decisiones relacionadas con el estado civil, así como aquellas que afecten a los hijos menores o incapacitados, a fin de que su decisión se ajuste a la realidad de la *quaestio facti* planteada. Ante esta situación, resulta importante concretar las particularidades de los distintos medios de prueba que

sirven para acreditar cada una de las pretensiones acumuladas en el procedimiento matrimonial, sobre todo porque el principio de aportación de parte y el principio de oficialidad obedecen a dos ideas distintas de concebir el proceso³⁰.

La prueba de esa alteración con las notas y presupuestos que hemos señalado, incumbe a la parte que pretende la modificación de medidas: *«en estos procedimientos, muy especialmente, rige la carga de la prueba, según la cual, todo hecho trascendente en derecho que se quiera hacer valer ante los Jueces y Tribunales, ha de ser objeto de oportuna prueba, sin más excepción que la de tratarse de hechos notorios o que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal o hayan sido reconocidos, expresa o tácitamente, por la parte obligada a soportar sus consecuencias, y tal prueba corresponderá a quien del hecho a acreditar pretenda que se derive un derecho a su favor, o, por el contrario, la liberación de una obligación que resulte pactada a su cargo, o la que deba, conforme a derecho, hacer frente; de donde se infiere que el litigante que reclama ha de acreditar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, así como los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada, y su oponente el de los obstaculios a la misma, lo que debe ser completado en el sentido de que la prueba incumbe al que afirma y no al que niega, en virtud del principio «incumbit probatio quid id est, non quine negat», en tanto que los hechos negativos, salvo excepciones, no son susceptibles de demostración por su propia naturaleza»*³¹.

Hay que tener en cuenta que en dicha acreditación los Tribunales se muestran especialmente exigentes, ya que el procedimiento de modificación de medidas no tiene como objetivo una revisión de lo ya resuelto, sino más acertadamente la búsqueda de una acomodación y equilibrio de las medidas económicas a la realidad de la nueva situación existente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 5 mayo de 2011). Además, cuando se trata de medidas acerca de los hijos menores, el requisito de alteración sustancial debe interpretarse de modo especial, pues el interés preponderante de los mismos ha de presidir cualquier medida judicial (Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5, de 29 de noviembre de 2011 y de 6 de mayo de 2013). A todo esto hay que añadir, como destaca la Sentencia comentada, que en la medida en que

³⁰MANRUBIA PORTAL, J., «Particularidades de la prueba en el procedimiento matrimonial», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2013, pág.1.

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 11 de septiembre de 2013.

se trate de una proceso en el que se pretende la modificación de una sentencia dictada ya en un procedimiento de modificación de medidas, debe ser aún más riguroso (FD 3.º).

El juzgador admite la práctica de pruebas siempre que las mismas sean relevantes (*frustra probatur quod probatum non relevat*), y guarden un vínculo lógico y congruente con la pretensión formulada, (*cfr-arts.281.1,283.2,771.3 y 774.2 LEC*). De entrada, el legislador prevé los siguientes medios de prueba: el interrogatorio de las partes; la presentación de documentos públicos y privados; el dictamen de peritos; el reconocimiento judicial del menor; y el interrogatorio de los testigos, arts. 299.1 y 770 4^a LEC. Además, existe la posibilidad de que las partes justifiquen sus pretensiones mediante la incorporación de fuentes de prueba consistentes en soportes informáticos y electrónicos que contengan datos e imágenes y reproduzcan sonidos, art. 299.2 LEC. Ciertamente, la enumeración que realiza el legislador de los medios de prueba es una lista *ad exemplum*, puesto que se admite cualquier otro medio de prueba que los avances técnicos proporcionen, art. 299.3 LEC. Téngase en cuenta que el juzgador ostenta la facultad de advertir *ex officio* a las partes que se pronuncien sobre una fuente de prueba incorporada al procedimiento que, a su juicio, ha sido obtenida ilícitamente con el fin de preservar el proceso debido, art. 287.1 LEC³².

Al mismo tiempo, existe la posibilidad de solicitar un informe pericial psicosocial en los supuestos en que el menor no tenga suficiente juicio, o tal vez para que dicho informe aporte conocimientos científicos sobre la conducta humana de los progenitores y verificar si es adecuado el desarrollo del menor o incapaz, art. 339.5 LEC. Concretamente, el informe suministra información eficiente sobre la atribución más idónea de la guarda y custodia, así como del régimen de visitas, art. 92 apartados 6 y 9 del CC. No obstante, el informe psicosocial, elaborado por el equipo técnico del juzgado, aunque es posible que sea acordado de oficio por el juzgador no es incompatible con la posibilidad de que cualquiera de las partes concurra con un informe privado para contradecirlo. Es común que el informe se elabore a través de las entrevistas que se realizan a las partes, que responden a cuestionarios específicos, y la observación de las pautas que éstas desarrollan. Hay que apuntar la necesidad de que en el acto de la vista actúen de testigos aquellos parientes o personas afines cuyas afirmaciones sean relevantes para el proceso y

³²MANRUBIA PORTAL, J., «Particularidades de la prueba en el procedimiento matrimonial», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2013, págs. 9 y 11.

aparezcan en dicho informe. De este modo, dichas declaraciones acceden al procedimiento de forma contradictoria y pueden ser ponderadas por el juzgador

V. ESTRATEGIA PROCESAL

En el supuesto objeto de estudio la estrategia procesal, entiendo, debería consistir en adoptar una doble postura:

En lo referente a la pretensión de incremento de la pensión de alimentos, la oposición se basaría en tres cuestiones cualquiera de las cuales sería suficiente para desatender la petición:

1.- El importe del segundo salario 1.500 € mensuales es tan escaso que no puede considerarse tenga la condición de sustancialidad que exige tanto el CC como la Jurisprudencia que desarrolla esta materia.

2.- Su carácter temporal (sólo un trimestre) y total inseguridad de repetirse en el tiempo hace que carezca de la nota de permanencia igualmente exigible.

3.- No se ha producido incremento alguno en las necesidades de las menores que también es requisito para la modificación al alza de los alimentos. Tal incremento de las necesidades de las niñas ni siquiera se ha alegado de contrario.

4.- Lo dicho anteriormente sirve también para oponerse a la solicitud de elevar la proporción a satisfacer por el padre de los gastos extraordinarios de las hijas.

En lo que atañe a la solicitud de pensión compensatoria, la oposición se realizaría por un doble motivo:

1.- La renuncia hecha libremente en el previo convenio regulador veta la posibilidad de solicitar más tarde pensión compensatoria pues se trata de un derecho dispositivo y la renuncia tiene plena validez.

2.- En todo caso, el desequilibrio a compensar por esta pensión es el que se produce al tiempo de la separación, no después, por lo que aun cuando no se hubiese renunciado tampoco cabría solicitarla ahora (ni pretender su reconocimiento).

La única prueba que deberíamos aportar sería el contrato de trabajo que le une con el Centro escolar en el que consta su temporalidad; las nóminas percibidas y una certificación del Director del Centro acreditativa de que el contrato es por este curso únicamente. No será necesaria ninguna otra prueba ya que la parte actora no alude a ningún aumento de su salario como funcionario, ni tampoco acreditar el aumento de los gastos de las niñas ya que sería competencia de la parte actora.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente estudiado se puede concluir que cabe una modificación del Convenio Regulador, tanto de mutuo acuerdo como de forma contenciosa.

Para aquellos casos en que la modificación sea de mutuo acuerdo basta con el consenso de las partes sin que sean precisos ninguno de los requisitos desarrollados a lo largo de este trabajo. Sin embargo para modificar las medidas previamente fijadas de forma contenciosa es necesario que se den los siguientes requisitos:

- Que las alteraciones sean verdaderamente trascendentales, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia.
- Que sean permanentes o duraderas, 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 fueran establecidas.

Así se refleja en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 12 de Enero de 2015 *«Lo cierto es, que los artículos 90 y 91 CC, se muestran respetuosos con el instituto de la cosa juzgada, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual, y conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:*

1º.- Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2º.- Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º.- Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4º.- Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias».

Del caso objeto de estudio se desprende que no se cumplen los requisitos y por tanto, a mi entender, dicha modificación no prosperaría ante un Tribunal.

Por ello el consejo al solicitante será, ni siquiera intentar, un acuerdo rebajando parcialmente las peticiones de la actora sino oponernos frontalmente a las mismas pues las peticiones de la Señora Pérez no cumplen en absoluto los requisitos exigidos para la viabilidad de la modificación que pretende e incluso es esperable que la desestimación de su demanda lleve aparejada la imposición de las costas procesales.

Del estudio de la compensación por desequilibrio económico se deduce que es un derecho dispositivo por lo que estará sometida a la autonomía de la voluntad con los únicos límites establecidos en el artículo 6.2 «*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*». Por tanto si se ha renunciado a la misma, lo que ni contraría el orden público ni perjudica más interés que el del renunciante en su caso pero nunca el de tercero, la renuncia es perfectamente válida.

Por todo ello y en la firme convicción de que no debe prosperar esta demanda entiendo que la mejor postura a adoptar es la oposición total a la misma sin intento de transacción alguna y tratando de obtener sentencia absolutoria con imposición de costas.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que someto a otra mejor fundada en Derecho, lo que firmo en Zaragoza a 19 de Diciembre de 2015.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CABEZUELO ARENAS, A. L., «Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2009.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «Pensión de alimentos a favor de los hijos y situación de desempleo del alimentante», en *Revista la Ley Derecho de Familia*, nº Primer Trimestre, 2014.

COSTAS RODAL, L., «El mínimo vital a examen. ¿Debe suspenderse en caso de pobreza extrema del progenitor alimentante? Comentario a la STS de 2 de marzo de 2015», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 4, 2015.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Convenio regulador de separación o divorcio y Registro de la Propiedad», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1, 2013.

JIMÉNEZ LINARES, M.J., «La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº III, 1999.

LLAMAS POMPO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Últimas tendencias en derecho de alimentos», en *Nuevos Conflictos en el Derecho de Familia*, La Ley, Madrid, 2009.

MANRUBIA PORTAL, J., «Particularidades de la prueba en el procedimiento matrimonial», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2013.

MARTÍN AZCANO, E. V., «Crisis matrimonial: análisis de ciertos efectos de la sentencia de divorcio relativos al *ex cónyuge* y a los hijos comunes», en *Actualidad Civil La Ley*, nº 7-8, 2014.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso De Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ GALLEGOS, E.M., «Pensión de alimentos», en *Revista Actualizad Civil la Ley*, nº 20, 2005.

PANIZA FULLANA, A., «Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9, 2014.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducidas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2015, págs. 6-7.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, N., «El objeto de la obligación: la prestación de alimentos», *Revista La Ley*, nº 1, 2002.

ROMERO COLOMA, A. M., «La revocación del convenio regulador», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 249, 2012.

ROMERO COLOMA, A. M., «Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2015.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La pensión compensatoria, hoy», en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 868, 2013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, (Sección 5º) de 14 de junio de 2000, JUR 2000\283350.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, (Sección 6.ª), de 16 enero de 2008, JUR 2008\245805.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, (Sección 10.ª), de 10 julio de 2008, JUR 2010\73715.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 22º), de 3 febrero de 2009, JUR 2009\238592.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, (Sección 2.ª), de 22 de noviembre de 2010, JUR 2011\380080.

Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, (Sección 4.ª), de 5 mayo de 2011, JUR 2011\214708.

Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, (Sección 5º), de 29 de noviembre de 2011, JUR 2011\431641.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, (Sección 5º), 6 de mayo de 2013, JUR 2013\201881.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, (Sección 10. ª), de 11 de septiembre de 2013, JUR 2013\325522.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, (Sección 4º), de 19 de Marzo de 2014, JUR 2014\217767.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, (Sección 1º), de 23 de Diciembre de 2014, AC 2014\2389.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, (Sección 1º), de 12 de Enero de 2015, JUR 2015\4838.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2º), de 28 de Julio de 2015, JUR 2015\238805.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24º), de 4 de Diciembre de 2015, JUR 2015\53471.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 julio 2002, RJ 2002\6246.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2008, RJ 2008\5688.

Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2008, RJ 2008\6060.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009, RJ 2009\1637.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 191/2011 de 29 marzo de 2009, RJ 2011\3021.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009, RJ 2009\6474.

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, en Pleno de 14 enero 2010, RJ 2010\2323.

Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 19 de Enero de 2010, RJ 2010\33.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010, RJ 2010\526.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 2010, RJ 2010\2329.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 2012, RJ 2012\1900.

