

Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 416/2015 de 20 julio

[RJ2015\2786](#)

H C ★★★★★

MATRIMONIO: DIVORCIO: NULIDAD, SEPARACION O DIVORCIO DE LOS ACOGEDORES DE UNA MENOR: EFECTOS: en supuestos de nulidad, separación o divorcio de cónyuges acogedores no cabe adoptar en la sentencia que recaiga, declarando tales situaciones, medidas definitivas respecto de menores acogidos, sujetos a la tutela administrativa del ente público, con suspensión de la patria potestad: será la Autoridad pública administrativa, tutora del menor y autorizante del acogimiento, la que de oficio o instancia de parte habrá de decidir sobre el cese del acogimiento o su modificación y, en su caso, términos de esta; **PENSION POR DESEQUILIBRIO: PROCEDENCIA:** dedicada a la familia durante 39 años teniendo 65 años: ingresos notoriamente desproporcionados.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación 1791/2014

Ponente: Excmo Sr. Eduardo Baena Ruiz

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante frente a la Sentencia, de fecha 14-05-2014, dictada por la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid en juicio de separación contenciosa.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación de doña Mariola , contra la [sentencia dictada el 14 de mayo de 2014 \(PROV 2014, 239625\)](#) , aclarada mediante auto de 3 de junio de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en el rollo de apelación número 915/2013 , dimanante de los autos de juicio de separación contenciosa número 437/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Mariola , representada por la Procuradora doña Begoña Cendoya Argüello.

Ha comparecido en calidad de parte recurrida don Casiano , representado por la Procuradora doña Soledad San Mateo García.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1

La Procuradora doña María Begoña Cendoya Arguello, en nombre y representación de doña Mariola , formuló demanda de separación matrimonial contra don Casiano , suplicando al Juzgado:

« *SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, se digne admitirlo, teniéndome por parte en la representación procesal que ostento, y por interpuesta DEMANDA DE SEPARACIÓN de mi patrocinada, Dña. Mariola contra el hoy demandado D. Casiano , y tras los trámites legales, en su día se dicte Sentencia, por la cual se decrete la Separación del referido matrimonio con los pronunciamientos siguientes:*

Primero. Que la menor Susana , quedará en compañía y bajo la Guarda y Custodia de su Abuela Dña. Mariola .

Segundo. Que se adjudique el domicilio conyugal a la demandante donde residirá con la menor Susana .

Tercero. Que se fije una pensión por alimentos a favor de la menor en la cantidad de 400 Euros mensuales, que deberá abonar D. Casiano , siendo satisfecha dicha cantidad por mensualidades adelantadas entre los días 1 a 5 de cada mes e ingresada dicha cantidad en la cuenta que a tal efecto designe la demandante, dicha cantidad se actualizará anualmente, según las variaciones que sufra el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Órgano que le sustituya.

Cuarto.- En cuanto al régimen de visitas del Abuelo D. Casiano con respecto a la menor:

1).- El Abuelo podrá tenerla con él, en fines de semana alternos, llevándosela desde las ocho de la tarde de los viernes y devolviéndola en su el domicilio a las ocho de la tarde del domingo.

2).- Los fines de semana que coincidan con algún puente de tipo escolar se añadirán al fin de semana que le corresponda a cada uno de los Abuelos.

3).- Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano se repartirán al 50%, eligiendo la primera parte los años pares la demandante y los años impares el demandado.

Cuarto. Los gastos extraordinarios médicos no cubiertos por la Seguridad Social que se generen en la vida de la menor, serán satisfechos al 50 % entre los dos Abuelos, el resto de los gastos extraordinarios, serán satisfechos de igual forma.

Quinto. Que se fije un pensión compensatoria a favor de la demandante por importe de 300 Euros mensuales, que deberá abonar.

D. Casiano , siendo satisfecha dicha cantidad por mensualidades adelantadas entre los días 1 a 5 de cada mes e ingresada dicha cantidad en la cuenta que a tal efecto designe la demandante, dicha cantidad se actualizará anualmente, según las variaciones que sufra el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Órgano que le sustituya. »

2

La Procuradora de los Tribunales doña Soledad San Mateo García, en nombre y representación de don Casiano , contestó a la demanda formulando así mismo reconvencción.

El suplico de la demanda es como sigue:

« SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por presentado este escrito en tiempo y forma, con las copias que se acompañan, se sirva admitirlo, teniéndome por comparecida y parte en la representación que ostento de Don Casiano , dándole a las copias el curso legal, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, y dando por contestada la demanda, por la que desestime íntegramente las siguientes peticiones de la actora: pensión de alimentos a favor de la menor , acordando su establecimiento en la cuantía de 200,00 # mensuales contribuyendo al 50% en los gastos extraordinarios necesarios, ninguna pensión compensatoria a favor de la cónyuge, y por el contrario se acuerden conforme a lo solicitado por la actora la guarda y custodia a favor de la esposa, la atribución del domicilio familiar a la menor hasta que cese la situación de acogimiento y el régimen de visitas propuesto por la actora, decretándose además la contribución a los gastos que se generen como consecuencia del uso de la vivienda a la esposa, lo que pide en Madrid a diecinueve de julio de 2012. »

El suplico de la reconvencción es como sigue:

« SUPLICO AL JUZGADO: que tenga por presentado este escrito en tiempo y forma, con las copias que se acompañan, se sirva admitirlo, teniéndome por comparecida y parte en la representación que ostento de Don Casiano , dándole a las copias el curso legal, entendiéndose

conmigo las sucesivas diligencias, y dando por formulada DEMANDA RECONVENCIONAL contra la actora en este procedimiento, por la que estime pensión de alimentos a favor de la menor , acordando su establecimiento en la cuantía de 200,00 # mensuales contribuyendo al 50% en los gastos extraordinarios necesarios, ninguna pensión compensatoria a favor de la cónyuge, y se acuerde conforme a lo solicitado por la actora reconvenida la guarda y custodia a favor de la esposa, la atribución del domicilio familiar a la menor pero hasta que cese la situación de acogimiento y el régimen de visitas propuesto por la actora, decretándose además la contribución a los gastos que se generen como consecuencia del uso de la vivienda a la esposa lo que pide en Madrid a diecinueve de julio de 2012. »

3

La representación procesal de doña Mariola , contestó a la demanda reconvenicional suplicando al Juzgado:

« SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, se digno admitirlo y tener por contestada por esta parte a la Demanda Reconvenicional interpuesta de contrario y tras los trámites legales pertinentes, en su día se dicte Sentencia, por la cual se decrete la Separación del referido matrimonio con los pronunciamientos siguientes:

Primero.- Que la menor Susana , quedará en compañía y bajo la Guarda y Custodia de su Abuela Dña. Mariola .

Segundo.- Que se adjudique el domicilio conyugal a la demandante donde residirá con la menor Susana

Tercero.- Que se fije una pensión por alimentos a favor de la menor en la cantidad de 400 Euros mensuales, que deberá abonar Don Casiano , siendo satisfecha dicha cantidad por mensualidades adelantadas entre los días 1 a 5 de cada mes e ingresada dicha cantidad en la cuenta que a tal efecto designe la demandante, dicha cantidad se actualizará anualmente, según las variaciones que sufra el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Órgano que le sustituya.

Cuarto.- En cuanto al régimen de visitas del Abuelo Don Casiano con respecto a la menor:

1).- El Abuelo podrá tenerla con él, en fines de semana alternos, llevándosela desde las ocho de la tarde de los viernes y devolviéndola en su el domicilio a las ocho de la tarde del domingo.

2).- Los fines de semana que coincidan con algún puente de tipo escolar se añadirán al fin de semana que le corresponda a cada uno de los Abuelos.

3).- Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano se repartirán al 50%, eligiendo la primera parte los años pares la demandante y los años impares el demandado.

Cuarto. Los gastos extraordinarios médicos no cubiertos por la Seguridad Social que se generen en la vida de la menor, serán al 50 % entre los dos Abuelos, el resto de los gastos extraordinarios, serán satisfechos de igual forma.

Quinto.- Que se fije una pensión compensatoria a favor de la demandante por importe de 300 Euros mensuales, que deberá abonar Don Casiano , siendo satisfecha dicha cantidad por mensualidades adelantadas entre los días 1 a 5 de cada mes e ingresada dicha cantidad en la cuenta que a tal efecto designe la demandante, dicha cantidad se actualizará anualmente, según las variaciones que sufra el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Órgano que le sustituya. »

4

El Ministerio Fiscal, en su informe emitido con fecha 10 de diciembre de 2012, informó en el siguiente sentido: « Que la guarda y custodia de la menor se le otorgue a la abuela, así como el domicilio familiar donde residirá junto con la menor, al ser el miembro de la familia que necesita más protección; que en relación al régimen de visitas a favor del abuelo teniendo en cuenta que la menor tiene 14 años, es libre que entre ellos pacten, pudiendo verse cuantas veces quieran; y en relación a

los alimentos se interesa que se fije la cuantía de 200 # mensuales que el demandado deberá ingresar dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta corriente que la demandante designe a tal efecto, cuantía que deberá ser incrementada anualmente conforme al IPC, y en cuanto los gastos extraordinarios que tenga la menor deberán ser satisfechos al 50% entre ambos abuelos.
»

5

. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 93 de Madrid, dictó sentencia el 10 de enero de 2013 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

« Que estimando como estimo la demanda promovida por la Procuradora Sra. M^a BEGONA CENDOYA ARGUELLO en nombre y representación de Doña Mariola contra D. Casiano sobre separación, debo declarar y declaro la separación judicial del matrimonio contraído entre ambos litigantes el día 19 de Marzo de 1.975, en Madrid, con cuantos efectos son inherentes a ello y, en especial, las siguientes Medidas:

1) Se atribuye la Guarda y Custodia de la nieta **menor** de edad, Susana , que se encuentra en **acogimiento** Familiar Permanente por ambos litigantes a la esposa.

2) El uso del domicilio familiar, sito en Madrid, C/ DIRECCION000 n° NUM000 - NUM001 de Madrid, se atribuye a la esposa.

3) D. Casiano , podrá relacionarse con su nieta en la forma que ambos estimen conveniente, dada la edad de ésta.

4) D. Casiano , abonará a Doña Mariola en concepto de alimentos para la nieta que tienen en acogimiento familiar la suma de 200 euros mensuales. Cantidad que será ingresada por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto se designe. Y que será actualizada anualmente con efectos del uno de enero de cada año, de acuerdo con el I.P.C. que publique el I.N.E. u organismo que lo sustituya. Debiendo abonar también el 50% de los gastos extraordinarios que genere.

5) D. Casiano abonará a Doña Mariola en concepto de Pensión compensatoria la suma de 300 Euros mensuales, cantidad que será ingresada por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta designada, o que al efecto se designe, y que será actualizada anualmente con efectos del uno de enero de cada año, de acuerdo con el I.P.C. que publique el I.N.E. u organismo que lo sustituya.

No procede adoptar ninguna otra medida.

No procede hacer especial pronunciamiento en sobre costas. »

6

Por la representación procesal de don Casiano , se solicitó la aclaración de la anterior resolución. Con fecha 1 de abril de 2013 el Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

« DECIDO: Que accediendo en parte a la aclaración solicitada por la Procuradora Sra. SOLEDAD SAN MATEO GARCIA, en nombre y representación de Casiano , de la sentencia recaída en el presente procedimiento, el diez de Enero de dos mil trece, debo aclarar la mencionada sentencia en el sentencia siguiente:

1.- En el fundamento de derecho segundo a continuación párrafo primero, añadir el [artículo 86 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) se especifica en el fundamento tercero de ésta resolución.

2.- En el fundamento de derecho quinto, donde dice: *procedente acordar la separación solicitada...* debe decir: *"...e. procedente acordar el divorcio solicitado..."*

3.- En el fallo de la sentencia, en el párrafo primero debe decir *"Que debo estimar la demanda reconventional promovida por la Procuradora Sra. MARÍA BEGOÑA CENDOYA ARGUELLO en nombre y representación de Casiano contra Doña Mariola , declarando disuelto el matrimonio*

contraído entre ambos litigantes el día 19 de Marzo de 1.975, en Madrid" .»

7

El referido Juzgado dictó nuevamente auto de fecha 11 de abril de 2013, subsanando el error material existente en la parte dispositiva del Auto de 1 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

« Se aclara la parte dispositiva del auto dictado por este Juzgado de fecha uno de abril de 2013 , en el sentido de donde dice: " Que debo estimar la demanda reconvenicional promovida por la Procuradora Sra. María Begoña Cendoya Arguello..." debe decir: " Que debo estimar la demanda reconvenicional promovida por la Procuradora Sra. Soledad San Mateo García..." . »

Tramitación en segunda instancia.

8

Contra la anterior resolución, la representación procesal de don Casiano , interpuso recurso de apelación, correspondiendo su tramitación a la [Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 14 de mayo de 2014 \(PROV 2014, 239625\)](#) con la siguiente parte dispositiva:

« Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Casiano representado por la Procuradora doña Soledad Mateo García, contra la sentencia de fecha 10 de enero de 2013 , aclarada por Auto de 1 de abril de 2013; del Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid ; dictada en el proceso sobre Separación número 437/2012 ;seguido con doña Mariola , representado por la Procuradora doña Begoña Cendoya Argüello debemos Revocar y Revocamos parcialmente la expresada resolución, y en su consecuencia debemos ACORDAR: No haber lugar a establecer pensión de alimentos a favor de la nieta en este procedimiento, como cualquier otra medida atinente a la **menor** , dado su **acogimiento**familiar permanente.

Manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia disentida; todo ello sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

Con devolución del depósito al consignante, salvo que sea beneficiario de justicia. »

9

La representación procesal de don Casiano interesó aclaración de error material de la sentencia referida. La Audiencia dictó Auto el 3 de junio de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

« Estimar la petición formulada por la Procuradora doña María Soledad San Mateo García en nombre y representación de don Casiano de rectificar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 14/05/2014 , en el sentido que se indica, debiendo la parte dispositiva de la Sentencia contener el siguiente texto:

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Casiano representado por la Procuradora doña Soledad San Mateo García, contra la sentencia de fecha 10 de enero de 2013 , aclarada por Auto de 1 de abril de 2013; del Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid ; dictada en el proceso sobre Separación número 437/2012 ; seguido con Doña Mariola , representada por la Procuradora doña Begoña Cendoya Argüello, debemos REVOCAR y REVOCAMOS parcialmente la expresada resolución, y en su consecuencia debemos acordar :

1. No haber lugar a establecer pensión de alimentos a favor de la nieta en este procedimiento, como cualquier otra medida atinente a la **menor** , dado su **acogimiento**familiar permanente.

2. No haber lugar a establecer pensión compensatoria de don Casiano y a favor de doña Mariola .

Manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia disentida. Y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes. »

Recurso de casación

10

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Mariola , con base en los siguientes motivos:

Primero. Se denuncia la infracción por inaplicación de lo dispuesto en el [artículo 173](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) .

Segundo. Se denuncia la infracción por inaplicación de lo dispuesto en el [artículo 97](#) del Código Civil .

11

Por Diligencia de Ordenación de 1 de julio de 2014 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

12

La Sala dictó Auto el 28 de enero de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

« 1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN formalizado por la representación procesal de doña Mariola , contra la sentencia dictada, con fecha 14 de mayo de 2014 , aclarada mediante [auto de 3 de junio de 2014 \(PROV 2015, 39323\)](#) por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en el rollo de apelación nº 915/2013 , dimanante de los autos de juicio de separación contenciosa nº 437/2012 del Juzgado de primera instancia nº 93 de Madrid. [...] »

13

Dado traslado al Ministerio Fiscal, interesó la revocación de la sentencia apoyando los motivos del recurso.

14

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la representación de don Casiano , formuló oposición al recurso formulado de contrario.

15

No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 24 de junio de 2015 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO

Son hechos relevantes para la decisión del recurso acreditados en la instancia los siguientes:

1. El Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid dictó sentencia el 10 de enero de 2013 por la que declaraba la separación judicial del matrimonio contraído por doña Mariola y don Casiano el día 19 marzo 1975.

2. Antes de haberse dictado sentencia, tras la contestación a la demanda y como consecuencia del oficio dictado por el Juzgado de fecha 12 septiembre 2012 , compareció en el procedimiento la Comunidad de Madrid por medio de la letrada doña Pilar Bravo Valentín, adscrita a la Comisión de Tutela del Menor, haciendo las siguientes manifestaciones y peticiones:

(i) No tener conocimiento de la demanda promovida por doña Mariola .

(ii) Que la **menor** Susana habita con los abuelos maternos don Casiano y doña Mariola desde que ésta contaba con cinco meses de edad, habiendo solicitado los abuelos maternos la guarda de la **menor** , solicitando asimismo el 27 enero 1999 el **acogimiento** de ésta a su favor, que dio lugar a que con fecha 23 diciembre de ese año la Institución acordase asumir la guarda de la **menor** y autorizar el **acogimiento** familiar permanente de la misma a favor de los abuelos maternos.

(iii) Por los Servicios Sociales se informó el 17 febrero de 2012 que, aunque los abuelos maternos seguían conviviendo en el mismo domicilio, la relación de pareja había finalizado, según indicaba la abuela materna.

(iv) En esa información se añadía que la citada abuela había solicitado asesoramiento para instar la separación, existiendo cordialidad entre los abuelos, así como que la menor deseaba ser acogida por la abuela materna.

(v) Que los acogedores durante el año 2011 no reciben ayuda económica alguna, por haberse agotado los fondos presupuestarios, y no es probable que las reciban en el año 2012.

(vi) Que la menor, cuyos intereses defiende la Institución, está protegida en la actualidad por haber manifestado su deseo de continuar habitando con la abuela materna, sin perjuicio de que se relacione con su abuelo.

(vii) Consecuencia de todo ello es que solicite que en sentencia:

a) Se adjudique la guarda de la menor a la abuela y que habite con ella en el domicilio en el que lo viene haciendo desde que contaba cinco meses, estableciéndose un derecho de visitas de la menor con su abuelo de la forma que libremente pacten entre ambos.

b) Que se establezca en concepto de alimentos la cantidad que se estime necesaria para la menor, teniendo cuenta que en la actualidad la Institución ha denegado ayuda por problemas presupuestarios

3. En la citada sentencia del Juzgado se acordó como medidas consecuencia de la separación las siguientes:

(i) La atribución a la esposa de la guarda y custodia de la nieta **menor** de edad, Susana , que se encuentra en **Acogimiento Familiar Permanente** por ambos litigantes

(ii) La atribución a la esposa del uso del domicilio familiar.

(iii) Régimen, a conveniencia, de relaciones de don Casiano con su nieta.

(iv) Contribución de don Casiano a los alimentos de su nieta con una pensión de 200 # mensuales que abonará a doña Mariola .

(v) Don Casiano abonará a doña Mariola , en concepto de pensión compensatoria, la suma de 300 # mensuales.

4. La motivación de la sentencia para establecer una pensión a cargo del señor Casiano como contribución a los alimentos de su nieta descansa en que el **acogimiento** familiar es una forma de protección del **menor** prevista en el [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , que produce la plena participación del mismo en la Familia de Acogida, e impone a los acogedores la obligación de velar por el **menor** , alimentarlo, tenerlo en su compañía, educarlo y procurarle una formación integral, siendo una modalidad de dicho **acogimiento** el denominado "Por familia Extensa", es decir, el efectuado por los abuelos, tíos u otros parientes del **menor** , tipo de **acogimiento** que se caracteriza por su naturaleza permanente.

5. La concesión de pensión compensatoria a favor de la esposa la concede por entender que la separación produce un desequilibrio económico para ella en relación con la posición del esposo: (i) El percibe mensualmente 1778,04 #, en concepto de pensión por jubilación, así como dos pagas extraordinarias, lo que supone una media al mes de 2000 #; (ii) La esposa tiene una pensión mensual de poco más de 600 #; (iii) Se tiene en cuenta la duración del matrimonio, la dedicación a la familia y la edad de la esposa y su falta de cualificación profesional para mejorar de empleo.

6. Dicha sentencia fue objeto de aclaración por Auto de 1 de abril de 2013 , en el sentido de declarar disuelto el matrimonio solicitado por la representación de lo Casiano en su demanda reconvenzional.

7. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal del demandado-reconveniente, correspondiendo su conocimiento a la Sección Vigésimocuarta de la [Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 14 mayo 2014 \(PROV 2014, 239329\)](#) , aclarada por Auto de 3 junio siguiente, por la que, estimando el recurso y revocando, por ende, la sentencia apelada, acordaba: (i) No haber lugar a la pensión de alimentos a favor de la nieta así como cualquier otra medida atinente a la menor; (ii) No haber lugar a establecer pensión compensatoria a cargo del señor Casiano y a favor de la señora Mariola .

8. La negativa a la concesión de la pensión compensatoria la funda la sentencia en que si bien existe diferencia entre los ingresos-680 # al mes la esposa y 1700 # mensuales los del esposo-, se ha de tener en cuenta que ella tiene unos ingresos regulares y estables y el marido debe hacer frente a los gastos de alojamiento al tener ella atribuido el uso de la vivienda familiar. De ello infiere la falta de desequilibrio y añade que la naturaleza de esta pensión no la constituye en un instrumento jurídico de automática e indiscriminada nivelación de economías dispares.

9 . La negativa a la adopción de cualquier medida relacionada con la nieta **menor** de edad, la basa la sentencia en cuestión en que se trata de un **acogimiento** familiar y la **menor** está tutelada por entidad pública al amparo de los artículos 171 y siguientes del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) .

10. La representación procesal de doña Mariola interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional al amparo del apartado tres del [artículo 477](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , articulando los motivos cuya enunciación y planteamiento se recogerán más adelante, admitiéndose el recurso por Auto de 28 enero 2015 y, previo traslado, se opuso a el la representación de la parte recurrida, mientras que el Ministerio Fiscal se sumó al recurso, interesando que se casase la sentencia recurrida.

Recurso de Casación.

SEGUNDO

Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia la infracción por inaplicación de lo dispuesto en el [artículo 173](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , que su apartado primero dispone: "El **acogimiento** familiar produce la plena participación del **menor** en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral".

En el desarrollo argumental del motivo se alega que la decisión de la sentencia recurrida negando el establecimiento de cualquier medida en relación con la menor, contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, así como a la doctrina científica, por conducir a la menor a los umbrales de la miseria al impedir que contribuya el abuelo a la alimentación de ella, debiendo cargar con esa obligación la abuela exclusivamente. Añade que el abuelo había ofrecido en la contestación a la demanda contribuir con la cantidad de 200 # mensuales. Cita en apoyo del motivo las [SSTS de 29 junio 1988 \(RJ 1988, 5138\)](#) , [10 julio 1979 \(RJ 1979, 2948\)](#) , [20 noviembre 2013 \(RJ 2014, 7824\)](#) , [25 abril 2014 \(RJ 2014, 2651\)](#) , 2 junio de 2014 , [6 junio de 2014 \(RJ 2014, 3394\)](#) y [16 junio de 2014 \(RJ 2014, 3073\)](#) , entre otras.

TERCERO

Decisión de la Sala.

El supuesto de hecho que se somete al enjuiciamiento de la Sala es el siguiente: Una **menor** se encuentra conviviendo con sus abuelos maternos desde que tenía cinco meses y, a instancia de ellos, se les concedió por la Comunidad de Madrid el **acogimiento** familiar permanente de ella el 23 diciembre 1999, que previamente la había declarado en situación de desamparo, asumiendo la tutela administrativa de la misma en aplicación del [artículo 172. 1](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) . Cuando aún es **menor** de edad la nieta acogida se declara judicialmente la separación o el divorcio de los abuelos acogedores, y surge la interrogante de si la sentencia que hace tal declaración puede adoptar medidas respecto de la **menor** en orden a la guarda y alimentación de ésta.

Antes de decidir sobre ello, y por ende sobre el motivo del recurso, procede hacer una serie de

consideraciones en apoyo de nuestra decisión, que son las siguientes:

1. Interés superior del menor. La [Constitución Española de 1978 \(RCL 1978, 2836\)](#) , al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la [Ley 21/1987 de 11 noviembre \(RCL 1987, 2439\)](#) , que modifica el Código Civil y la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) en materia de adopción y otras formas de protección de menores. En ellas se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquél se encuentre en esa situación. Con esta Ley tuvo lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la [Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero \(RCL 1996, 145\)](#) , Ley de Protección Jurídica del Menor.

Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad. La mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el [artículo 148. 20º](#) de la CE , han venido promulgando su propia legislación en esta materia.

Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la [Declaración Universal de los Derechos del Niño \(Nueva York 1959\)](#) y la [Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas \(RCL 1990, 2712\)](#) (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

Meritada concreción al caso es la sentada y aplicada por esta Sala, existiendo un cuerpo de doctrina respecto a las decisiones que deben adoptarse en los casos de riesgo para los niños ([sentencia 21 de febrero de 2011 \(RJ 2011, 2362\)](#) , Rº. 1186/2008).

Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la [sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009 \(RJ 2009, 4581\)](#) .

Según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas , el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...».

Hasta tal punto se contempla ese interés que la jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos, admitiendo que las medidas que les afecten se fijen en interés de ellos, incluso con independencia de lo pedido por las partes en litigio ([STC 10 diciembre 1984 \(RTC 1984, 120\)](#)).

2. Acogimiento familiar permanente.

La Sala en [sentencia de 31 julio 2009, Rc. 247/2007 \(RJ 2009, 4581\)](#) , recordaba que el Código Civil establece las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los **menores** que se hallen en situación de desamparo, entre ellas las asunción por la Administración de la tutela del **menor** ([artículo 172.1](#) CC) mediante el **acogimiento** familiar simple, de carácter provisional (artículo 173. 3 II y 173 bis. 1º. CC) y el **acogimiento familiar** en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres se oponen (artículo 173 bis. 2º y 3º CC)".

De entre las modalidades de acogimiento que se prevén por el Código Civil, en el supuesto que se enjuicia el acogimiento fue familiar, esto es, en el seno de una familia, y en la denominada familia extensa, a saber, sus abuelos.

Se trata de un acogimiento convencional, previsto en el [artículo 173.2](#) del CC , que se formaliza por escrito con el contenido que establece el precepto y en el que es obligado el contenido que el propio precepto establece para la formalización del documento.

Además se trata de un **acogimiento** permanente (artículo 173 bis, número 2 del CC) por aconsejarlo así las circunstancias de la **menor**.

3. El **acogimiento** tiene un contenido esencialmente personal por el que el acogedor tiene la obligación ([artículo 173.1](#) CC) de velar por el **menor**, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Se reproduce las obligaciones que el artículo 154. 1º CC impone a los que ostentan la patria potestad.

Sin embargo, la coincidencia es solo en cuanto a las obligaciones, pues el acogedor no asume las facultades de representación y administración de los bienes, que es inherente a la patria potestad.

Quiérese decir que se está en presencia de instituciones diferentes aunque coincidentes en obligaciones de carácter personal en favor del menor.

4. El [artículo 173.4](#) del Código Civil prevé las causas por las que cesara el acogimiento, de entre las que contempla: "por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública" (número 2º). De ello se desprende que quienes intervinieron en el convenio del acogimiento puedan revocarlo.

Pero en cualquier caso sobre tal revocación habrá de pronunciarse la autoridad pública que ostenta la tutela administrativa del **menor** , naturalmente cuando como es el caso el **acogimiento** se constituyó por resolución judicial.

Mientras tanto no cabe un abandono de facto del menor y los acogedores debe seguir cumpliendo con los deberes inherentes de su cargo.

CUARTO

A partir de las anteriores consideraciones se está en condición de ofrecer respuesta al motivo del recurso, en los siguientes términos:

1. Si se atiende al contenido del [artículo 90](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) - "cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos...", "ejercicio de ésta y, en su caso el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor..."; los acuerdos aprobados por el juez, salvo "si son dañosos para los hijos... "-; y de los artículos 92 , 93 , 94 , 96, todos ellos del mismo Código Civil , se constata que en las sentencias sobre nulidad, separación y divorcio las medidas que como efectos se prevén respecto a menores están referidas a hijos sujetos a patria potestad, y la única referencia a los

abuelos es a efectos de régimen de visitas y comunicación.

Por tanto, en supuestos de nulidad, separación o divorcio de cónyuges acogedores no cabe adoptar en la sentencia que recaiga, declarando tales situaciones, medidas definitivas respecto de menores acogidos, sujetos a la tutela administrativa del ente público, con suspensión de la patria potestad.

2. Cuando existe un **acogimiento** familiar permanente convencional, cuál es el presente, no puede dejarse sin efecto, ni modificarse o regularse a través de un proceso matrimonial, sino que su cese o modificación debe solicitarse de la Entidad Pública que asumió la tutela administrativa y autorizó el **acogimiento**, ya que no existe laguna legal por la que se deba acudir a aquellos procesos para resolver las incidencias derivadas del **acogimiento**. Dentro de un procedimiento de separación o divorcio no se pueden acordar las medidas relativas a la guarda y custodia, alimentos a favor del **menor** acogido, ni atribución del uso del hogar familiar, debería ser la entidad pública, quien a la vista de las nuevas circunstancias adoptase las medidas más beneficiosas para el **menor**.

Precisamente en un caso similar al que enjuiciamos, que decidió en grado de apelación la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizcaia, por Auto de 23 marzo 2006, los acogedores, que se separaron de mutuo acuerdo y eran abuelos maternos de la **menor**, no sometieron el convenio regulador respecto de ésta al control del Órgano Judicial sino que lo hicieron al departamento de Acción Social de la Diputación Foral de Bizcaia a efectos de guarda y régimen de visitas. Al final la diputación foral lo que acordó fue cesar el **acogimiento** administrativo permanente con sus abuelos maternos y promover el **acogimiento** familiar judicial permanente de la **menor** con su abuela materna, si bien proponiendo los extremos previstos en el [artículo 173.2](#) del Código Civil, y entre los derechos y obligaciones de las partes, se establece un régimen de visitas con el abuelo materno.

Por tanto, en caso de separación o divorcio de los acogedores será la Autoridad pública administrativa, tutora del **menor** y autorizante del **acogimiento**, la que de oficio o instancia de parte habrá de decidir sobre el cese del **acogimiento** o su modificación y, en su caso, términos de esta.

3. Ahora bien, el interés superior del **menor** impide que se cree una desatención de éste en tanto en cuanto la Autoridad administrativa adopta la decisión a que hemos hecho mención, pues mientras ello no suceda ambos acogedores lo siguen siendo y tienen la común obligación de "velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral" ([artículo 173.1 CC](#)). De ahí que la [sentencia de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 26 marzo 2010 \(PROV 2010, 175182\)](#), afirme que en sentencia se establezca la cantidad en que deba contribuir el acogedor no custodio a los gastos y necesidades del **menor**, así como medidas de carácter personal para mantener la vinculación afectiva que hasta la fecha había existido, sin perjuicio de que se haya de estar a lo que más adelante decida el Ente público sobre el **acogimiento** a la vista de la ruptura de vida en común de los acogedores, como así sucedió.

4. Sin embargo en el presente litigio no es necesario que el Órgano Judicial que conoce de la separación, y en aplicación del interés superior del menor, acuerde de oficio el modo de cumplir los acogedores sus obligaciones respecto de la acogida en atención a que antes lo hacían aquellos de consuno y ahora no es posible al vivir separados; y no es preciso que decida de oficio porque tales medidas han sido instaladas por la Comisión de Tutela del menor de la Comunidad de Madrid, al haber comparecido en el procedimiento.

5. En atención a ello el motivo debe prosperar y mantenerse las medidas que respecto a la **menor** estableció la sentencia del Juzgado de Primera Instancia al acordar el divorcio de los acogedores, bien entendido que no se adoptan como efectos de este sino como protección cautelar a favor de la **menor** hasta que el Ente público decida sobre el cese o modificación del **acogimiento** que autorizó el 23 diciembre 1999.

QUINTO

Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia la infracción por inaplicación de lo dispuesto en el [artículo 97](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#).

En el desarrollo argumental del motivo se alega que la recurrente tiene en la actualidad 65 años, lleva dedicados a la familia 39 años y está abocada a la jubilación, siendo notable la diferencia de ingresos entre ambos, ya que los de su marido, sumadas las dos pagas extraordinarias serían de 2000 # mensuales y los de ella son de 680 # mensuales.

SEXTO

Decisión de la Sala.

1. El [artículo 97 CC \(LEG 1889, 27\)](#) exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la [STS 864/2010 \(RJ 2010, 417\)](#) , de Pleno, de 19 enero . La pensión compensatoria -declara- "pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el [artículo 97.2 CC](#) tienen una doble función:

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal".

Esta doctrina se ha aplicado en sentencias posteriores ([856/2011, de 24 noviembre \(RJ 2012, 573\)](#) , [720/2011, 19 octubre \(RJ 2012, 422\)](#) , 719/2012, 16 noviembre , 335/2012, 17 mayo 2013 y [499/2013 y 16 julio \(RJ 2013, 4639\)](#)).

2. El motivo se estima.

La sentencia recurrida, parca de motivación, sólo tiene en cuenta una causa para negar la pensión, cuál es que la recurrente tiene atribuido el uso de la vivienda familiar. Pero, con independencia de que ello lo motive el que se le haya atribuido la guarda de la nieta acogida y, por ende, sin vocación necesaria de permanencia, aún en la hipótesis de que así fuese no se tiene en cuenta que la recurrente ha dedicado a la familia 39 años, tiene en la actualidad 65 años y los ingresos son notoriamente desproporcionados entre uno y otro de los cónyuges. El reproche de que ella podía haber trabajado como él a jornada completa es inconsistente, si se tiene en cuenta que han tenido tres hijos, desde el año 1999 tienen acogida a la nieta, y es más que razonable que la dedicación a la familia y a la llevanza de labores diarias del hogar hiciese muy gravosa una dedicación laboral en su empleo en las mismas condiciones de horas de trabajo que las del marido.

En atención a tales circunstancias, y teniendo en consideración para la fijación del *quantum* que, al día de hoy, él debe hacer frente a los gastos de una vivienda en la que habitar, se considera adecuada la cantidad de 200 # mensuales.

SÉPTIMO

Al estimarse el recurso de casación procede asumir la instancia y, al obrar así y resolver el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del demandado reconveniente contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, procede, con estimación parcial del recurso, confirmar la sentencia de primera instancia con la única salvedad de fijar la pensión por desequilibrio en 200 #.

OCTAVO

Conforme los artículos 394. 1 y 398. 1 de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) no procede hacer imposición de las costas del recurso de casación, ni hacer expresa condena de las de ambas instancias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1

Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de doña Mariola , contra la [sentencia dictada el 14 de mayo de 2014 \(PROV 2014, 239625\)](#) , aclarada mediante auto de 3 de junio de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en el rollo de apelación número 915/2013 , dimanante de los autos de juicio de separación contenciosa número 437/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid.

2

Casar la sentencia y dejarla sin efecto.

3

Estimar parcialmente, asumiendo la instancia, el recurso de apelación interpuesto por don Casiano , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid de fecha 10 de enero de 2013 , aclarada por Auto de 1 de abril de 2013 del Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid , dictada en el proceso sobre Separación número 437/2012 seguido contra doña Mariola , representada por la Procuradora doña Begoña Cendoya Argüello, confirmándola a salvo en el extremo de fijar la pensión por desequilibrio en 200 euros mensuales.

4

No se imponen las costas del recurso de casación ni cabe hacer expresa condena de las causadas en ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado. - Jose Antonio Seijas Quintana .- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.