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

Roberto Llorente Pintos

Abogado
Miembro de la AEAFA

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. SUPUESTO REAL.

1. **Historia y resoluciones.**
2. **Análisis de las resoluciones dictadas en el supuesto práctico real.**

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

1. **Resoluciones judiciales a favor del principio de sustitución.**
2. **Resoluciones judiciales en contra del principio de sustitución.**

IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. SUPUESTO REAL

1. Historia y resoluciones

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

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

7) Impugnada por la demandante la oposición a la ejecución de la sentencia de separación, el **Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid dictó Auto con fecha 12 de enero de 2002** estimando la oposición y dejando sin efecto la ejecución despachada.

8) Interpuesto recurso de apelación contra dicho auto por la esposa, la **Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó por Auto de 24 de octubre de 2002 notificado el 22 de noviembre siguiente.**

9) La esposa interpuso ante el Tribunal Supremo demanda de declaración de error judicial en relación con el Auto dictado con fecha 24 de octubre de 2002, notificado el 22 de noviembre siguiente, por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 346/2002, y en relación también con el Auto apelado mediante dicho recurso, dictado con fecha 12 de enero de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid en ejecución de la sentencia de separación conyugal recaída en los Autos núm. 282/1991. La **Sala 1.ª del Tribunal Supremo dictó Sentencia 934/2004 de fecha 1 de octubre** por la que desestimó la demanda sobre error judicial interpuesta por la esposa.

10) Paralelamente a la anterior demanda interpuesta ante el Tribunal Supremo, la esposa actora presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, de 12 de enero de 2002, confirmado en apelación por Auto de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de octubre de 2002, recaídos en autos de ejecución de Sentencia de separación núm. 282/91. La **Sala 2.ª del Tribunal Constitucional dictó Sentencia 96/2005, de 18 de abril,** recurso de amparo 7165/2002. En dicha sentencia se estima la demanda de amparo por vulneración del derecho fundamental a tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, mandando retrotraer los Autos al momento anterior al dictado del primer Auto de fecha 12 de enero de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, a fin de que se dictara nuevo auto respetuoso con el derecho fundamental a la tutela judicial.

11) El **Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid dictó nuevo Auto de fecha 26 de julio de 2005** en el afirmó que, si el único motivo de oposición a la ejecución formulado por el demandado había sido acogido en su instancia y sobre esas bases había desestimado la ejecución solicitada, ahora, que dicho auto había sido anulado por el Tribunal Constitucional en su STC 96/2005, de 18 de abril, no le quedaba más opción que desestimar el motivo de oposición alegado y estimar la ejecución solicitada.

12) Planteado recurso de apelación contra el anterior Auto de 26 de julio del Juzgado de Primera Instancia núm. 25, la **Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto de fecha 24 de julio de 2006** en el que estima el recurso y deniega la ejecución, fundamentando jurídica y normativamente su decisión.

13) Contra el anterior Auto de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 24 de julio de 2006 se interpuso recurso de amparo por la esposa. La **Sala 4.ª del Tribunal Constitucional dictó Auto 396/2008 de fecha 22 de diciembre** por el que acuerda inadmitir el recurso de amparo interpuesto por concurrir la causa prevista en el artículo 50.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

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

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

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

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

> «Desde la perspectiva de control que le compete, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el Fundamento Jurídico 5 de esta sentencia, lo que le corresponde a este Tribunal constatar en este caso es que los órganos judiciales en las resoluciones jurisdiccionales impugnadas no razonan ni exteriorizan con base en qué concreta previsión o previsiones legales sustentan la referida concepción de los procesos de separación y divorcio determinante en última instancia de la decisión de denegar en este caso la ejecución del pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria reconocida en la sentencia de separación a favor de la demandante de amparo, tratándose, además, de una decisión, como advierte el Ministerio Fiscal, que no se compadece con los tasados supuestos legales en los que puede ser modificada la pensión compensatoria (artículo 100 CC) o se extingue el derecho a percibirla (artículo 101 CC).
>
> La falta de exteriorización de las previsiones normativas en la que se sustenta aquella concepción de uno y otro proceso, en definitiva, la decisión de no despachar la ejecución de la sentencia de separación en el extremo interesado por la demandante de amparo; esto es, el referido a las cantidades que reclamaba por impago y actualización de la pensión compensatoria fijada a su favor en la sentencia de separación, impide la consideración de los Autos recurridos como resoluciones judiciales fundadas en Derecho, por no ser fruto de una razonada aplicación de la legalidad, lo que ha de conducir en este caso, en atención a la fase procesal en la que aquéllos se han dictado, a estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Resoluciones judiciales a favor del principio de sustitución

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

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

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

> «Por lo cual medidas, como las que ahora interesa la recurrente, relativas a pensión por desequilibrio y alimentos en pro de los hijos mayores de edad, precisaban, en orden a su examen de fondo y posible acogimiento en la sentencia que pone fin al procedimiento, de una específica petición de parte, y ello en los escritos rectores del procedimiento que definen, de modo inalterable, los términos del debate litigioso, sin posibilidad de mutación ulterior, según el clásico principio *lite pendente nihil innovetur*. A mayor abundamiento, y tratándose de la parte demandada, la nueva regulación procesal, dado que no nos encontramos ante medidas que pudieran adoptarse de oficio, exige la articulación de demanda reconvencional (*vid.* artículo 770.2.ª), la que, al contrario de lo que acaecía en el sistema precedente, no admite, en ningún caso, su formulación tácita, habiendo de proponerse a continuación de la contestación y acomodarse a lo que, para la demanda, establece el artículo 399 (*vid.* artículo 406).
>
> Tampoco resulta de aplicación al caso el artículo 774.4 que, en apoyo de sus pretensiones, invoca la recurrente, dado que el mismo, conforme se desprende de su mera lectura, en relación con su apartado número 3, hace referencia a las medidas que, con el carácter de provisionales, hubieran sido adoptadas en el mismo proceso, pero nunca a las recogidas en una antecedente litis de separación, en relación con la ulterior de divorcio.
>
> **En definitiva, no puede hablarse en el caso de la extinción de los efectos previamente establecidos, pues ello sólo sería predicable, en ortodoxia procesal, en un procedimiento de modificación de medidas, sino de la fijación de las que sean inherentes al nuevo estado civil y no puedan ser acordadas de oficio, lo que requiere una petición específica, y en el caso mediante demanda reconvencional, de quien esté interesado en su adopción».**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> «SEGUNDO.—En orden a centrar, en sus adecuados y legales términos, la problemática suscitada por el apelante respecto de las medidas complementarias, y dado el planteamiento que, al efecto, se realiza de contrario, parece necesario recordar que no nos encontramos en el entorno procesal de una litis de modificación de medidas *stricto sensu,* dado que las peticiones relativas a la fijación de los efectos complementarios (artículos 91 y siguientes del Código Civil) se desenvuelven en el marco de un procedimiento tendente a la disolución del vínculo conyugal contraído por litigantes, en el que no tienen carácter vinculante los pronunciamientos que sobre tales medidas pudiera contener la sentencia recaída en la anterior litis de separación matrimonial, a los fines de acordarse sobre su continuidad, modificación o cese.
>
> Por el contrario, **en el ulterior procedimiento sobre disolución vincular, deben ser acordadas *ex novo* las medidas inherentes al estado civil derivado del divorcio, las que, en orden a su posible regulación judicial, se encuentran condicionadas, en virtud del principio dispositivo (artículo 316 LEC), por las peticiones de las partes, a salvo de aquéllas, cuales las afectantes a los hijos menores de edad o incapacitados, que tienen el carácter de *ius cogens,* y sobre las que los tribunales han de pronunciarse de oficio.**
>
> No existiendo, en el supuesto examinado, hijos en situación de tal dependencia jurídica de los litigantes, cualquier medida complementaria del divorcio interesado en el escrito rector del procedimiento requería, en orden a su examen de fondo y posible acogimiento en la sentencia constitutiva del nuevo estado civil, de una específica petición de parte, y ello en los escritos rectores del procedimiento que definen los términos del debate litigioso, sin posibilidad de mutación ulterior, según el clásico principio *lite pendente nihil innovetur,* recogido expresamente en el artículo 412 LEC.
>
> Por lo expuesto, y en supuestos como el que nos ocupa, **no puede hablarse, en un sentido técnico-jurídico, del mantenimiento, modificación o extinción de los efectos complementarios acordados en un procedimiento de separación matrimonial, sino de la fijación de los que sean inherentes al nuevo estado civil y no puedan ser acordados de oficio, lo que requiere de una petición específica, y en su caso mediante demanda reconvencional expresa,** de quien esté interesado en su adopción.
>
> Partiendo de tales ineludibles condicionantes procesales, debe acogerse el primero de los motivos del recurso, habida cuenta que, no habiéndose interesado en el escrito rector del procedimiento, a salvo de una mención genérica e insuficiente a los "efectos que le son propios", respecto del divorcio, otra medida complementaria que la relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial, la demandada, en su escrito de contestación, se limitó a postular, de una manera indiscriminada y genérica, la ratificación de las medidas adoptadas en la anterior sentencia de separación, pero sin articular, según exige la normativa examinada, demanda reconvencional en los términos exigidos por el artículo 406, habida cuenta que, siendo ya todos los hijos mayores de edad, ninguna de de tales medidas, al contrario de lo que ahora se alega por dicha litigante, podía ser adoptada de oficio, incurriendo, por ello, la sentencia en abierta infracción de las exigencias del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Resoluciones judiciales en contra del principio de sustitución

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

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

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

> «SEGUNDO.—La Sentencia de separación de 27 de julio de 2000, confirmada en alzada por la Sección Primera de esta Ilma. Audiencia en 17 de marzo de 2003, aprobó las medidas pactadas por los hoy litigantes en el Convenio Regulador que obra en autos, el cual, en cumplimiento de lo prevenido en los artículos 90 y 97 del Código Civil, establecía a favor de ella una pensión de desequilibrio en cuantía de treinta mi pesetas mensuales más IPC durante cinco años contados desde el mes de junio del año 2000 hasta el mismo mes del año 2005 ambos inclusive.
>
> TERCERO.—Planteado el tema del divorcio, en dicho pleito, en materia de medidas del citado convenio, sólo fueron objeto de controversia judicial algunas de ellas, no todas, y, concretamente: guarda y custodia de la hija María Virtudes, régimen de visitas del padre, pensión alimenticia de las hijas, gastos extraordinarios, y, uso de vivienda.
>
> Si sólo fueron objeto controvertido en dicho pleito las materias antes citadas y no el resto de las mismas, no cabía interpretar la cuestión más que como lo ha hecho la Magistrado *a quo,* es decir, que los litigantes quisieron dejar incólumes para la situación de divorcio las demás medidas ya acordadas, que por demás, y en lo referente al tema de autos era claro y patente que se había acordado mantenerlo durante los cinco años ya expresados y que aún no han transcurrido, por lo que, la actitud del hoy recurrente es de inobservancia de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil en cuanto a términos claros e intención de los contratantes, de intención aviesa de tergiversar las cosas atentando al principio de la buena fe consagrado en el artículo 7 del Código Civil, debiendo salir al paso esta Sala en el sentido de entender comprendido en el título judicial ejecutivo el concepto reclamado, pues, **esa sentencia de divorcio de 1 de octubre de 2002 no surte sus efectos de modo aislado y con total independencia de la de separación y del convenio regulador que está ínsito en su espíritu como base del pronunciamiento, sino formando un todo indisoluble con ellos, ya que, sin su estimativa en conjunto, no es factible la interpretación precisa de la misma,** por todo lo cual, debe desestimarse el recurso, confirmarse la resolución recurrida, e imponerse las costas de la alzada a la parte apelante».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> «SEGUNDO.—Señalados los límites y contenido de ambos recursos, los mismos deben de ser desestimados.
>
> En cuanto al interpuesto por D. Anselmo, se fundamenta la pretensión de supresión de la pensión compensatoria en el hecho de que dicha prestación no fue solicitada de forma expresa por D.ª Silvia en este juicio de divorcio, en el que ha permanecido en rebeldía lo que, en criterio del recurrente, debió de hacer en atención al principio dispositivo o de rogación que rige el procedimiento civil, para que la pensión compensatoria le fuera asignada.
>
> No es admisible semejante argumento, en la medida que la ex esposa era beneficiaria de la pensión compensatoria por haberlo acordado así la sentencia firme de separación dictada en noviembre de 1993, por lo que nada tenía que volver a solicitar a ese respecto en el presente procedimiento de divorcio; cuya sentencia se pronuncia, en sentido desestimatorio, sobre la solicitud del ex esposo de que anule la pensión compensatoria acordada en aquella sentencia de separación, decisión que de suyo implica que la obligación de hacer frente a dicha prestación sigue vigente».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. CONCLUSIÓN

Consideramos que en este supuesto debemos manifestar las siguientes premisas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

— El referido artículo impone al Juez las antedichas obligaciones respecto a las medidas "que hayan de sustituir a las ya adoptadas", sin hacer distinción alguna respecto al momento de la adopción de las mismas, y

— Consecuentemente, el simple hecho de resolver una demanda de divorcio supone dejar sin efecto, por alteración sustancial de índole jurídica, el efecto de cosa juzgada atenuada de la sentencia de separación».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> «Ahora bien, citados en el escrito preparación, como preceptos legales infringidos, los artículos 216, 218, 406.3 y 770.2 de la LEC 2000, alegándose que el interés casacional reside en oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo, que establece que la pensión compensatoria en los procedimientos matrimoniales está sujeta al principio de rogación, sin que el juez pueda establecerla de oficio, así como al criterio de otras Audiencias Provinciales, que establecen que no basta para el establecimiento de la pensión compensatoria con ser pedida en la contestación, sino que además lo ha de ser por medio de reconvención expresa, necesariamente ha de concluirse que los preceptos citados y las cuestiones suscitadas exceden del ámbito del recurso de casación y cuya denuncia ha de realizarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando ella sea posible, ya que el objeto del proceso al que alude el artículo 477.1 LEC 2000 ha de entenderse referido a pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas al "crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares", como expresa el preámbulo, estando el recurso de casación limitado a la "revisión de infracciones de Derecho sustantivo", señalándose explícitamente en el apartado XIV de la Exposición de Motivos que "las infracciones de leyes procesales" quedan fuera de la casación.
>
> Además, se hace preciso señalar que la ley adjetiva es de naturaleza meramente instrumental, por ello se limita a establecer los cauces para la denuncia de la infracción de normas sustantivas, uno de ellos es precisamente el recurso de casación, cuyo ámbito, como antes se dijo, está circunscrito al control de la interpretación y aplicación del derecho material, y,

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

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

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

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

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