

Autos Juicio Ordinario nº 47/16

Santander, a 29 de junio de 2016

Vistos por mí, IÑIGO LANDÍN DÍAZ DE CORCUERA, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander, los autos de Juicio Ordinario nº 47/16, instados por , representada por la Procuradora Sra. Cobo Mazo y defendida por el Letrado Sr. Vela García, contra , representado por el Procurador Sr. Vaquero García y defendido por el Letrado Sr. Naharro Quirós, y contra MAPFRE, representada por la Procuradora Sra. Torralbo Quintana y defendidas por el Letrado Sr. Merino Campos, en procedimiento de reclamación de cantidad basada en responsabilidad contractual, dicto la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Procuradora Sra. Cobo Mazo, en la representación citada, se interpuso en su día demanda en la que se manifestaba que en su día presentó demanda de divorcio contra la aquí demandante , que dio lugar a los autos nº 477/13 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Santander. Para su defensa en dicho procedimiento la Sra. contrató los servicios del abogado aquí demandado , quien al contestar a la demanda de divorcio interpuso igualmente demanda reconvenicional por la que solicitaba que se fijara a favor de su cliente una pensión compensatoria por importe de 1.200 € mensuales. Sin embargo por diligencia de ordenación de 18 de octubre de 2013 el Juzgado inadmitió la contestación y la reconvenición, por haberse presentado fuera de plazo, por lo que al dictar sentencia el 28 de enero de 2014 no concedió a la Sra. la pensión interesada, sin que la sentencia de 16 de julio de 2014 dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria estimara la petición de la Sra. en tal sentido contenida en su recurso de apelación, razonando precisamente que su estimación requería haber formulado demanda reconvenicional. Teniendo en cuenta su edad, su esperanza de vida, y la suma reclamada como pensión, la Sra. valoraba los perjuicios sufridos en la cantidad de 403.200 €.

En esas fechas tenía suscrita con Mapfre una póliza de seguro de responsabilidad civil profesional, por lo que dicha aseguradora debía responder solidariamente de dicha suma hasta el límite de cobertura fijado en la póliza.

La demandante acompañó a la demanda los documentos en que fundaba su derecho, solicitando que se dictara sentencia que, estimando la demanda, condenara solidariamente a ambos demandados a pagarle 403.200 €, o la cantidad que determinara el Juzgado, más los intereses legales, o subsidiariamente a abonar a la demandante una renta vitalicia de 1.200 € mensuales actualizable anualmente, así como en todo caso las costas causadas en este pleito.

SEGUNDO: Turnada la demanda a este Juzgado, se admitió a trámite, dando traslado a los demandados de las copias de la demanda y demás documentos aportados con ella, y emplazándoles a comparecer y contestar en el término de veinte días, lo que verificaron del siguiente modo:

El Procurador Sr. Vaquero García, en la representación citada, alegó que no estaba probado que cuando presentó la demanda reconvenzional el Sr. conociera la fecha correcta de emplazamiento de su cliente, ni por tanto que actuara de modo negligente; como tampoco que la Sra. tuviera derecho a la pensión compensatoria pretendida, y en la cuantía señalada, atendiendo a su situación patrimonial y a la de su marido, que no evidenciaba ningún desequilibrio patrimonial entre ambos; ni si se había liquidado ya o no la sociedad ganancial y qué adjudicaciones se habrían producido entre los esposos, y concretamente lo que le habría correspondido a la demandante. Además sostuvo que no existía daño indemnizable porque la inadmisión de la reconvección no le impedía solicitar la pensión compensatoria mediante una demanda autónoma, cosa que no había hecho. Finalmente se opuso a la reclamación económica por considerarla excesiva e injustificada en función del juicio de prosperabilidad que informaba la cuantía de las indemnizaciones en este tipo de acciones por responsabilidad profesional de abogados. Solicitó que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de las costas a la actora.

La Procuradora Sra. Torralbo Quintana, en la representación citada, contestó adhiriéndose a los argumentos expuestos por el codemandado, solicitando igualmente que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de las costas a la actora.

TERCERO: Citadas las partes a la audiencia previa prevista por la Ley comparecieron todas ellas en el día señalado, ratificándose en sus respectivas posiciones y solicitando el recibimiento del juicio a prueba. No se plantearon cuestiones procesales. Abierto el periodo probatorio, todas las partes propusieron prueba documental, y además la demandante el interrogatorio del Sr. y el Procurador Sr. Vaquero García prueba testifical. Se admitieron todas las pruebas propuestas, a excepción de determinada prueba documental propuesta por el Procurador Sr. Vaquero García, y se citó a las partes a juicio. Llegado el día del mismo se practicaron las admitidas con el resultado que obra en autos, emitiendo seguidamente las partes sus conclusiones y quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO: En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En esta litis la demanda se dirige en primer lugar contra , abogado en ejercicio de quien la demandante fue cliente, y a quien ésta imputa haber incurrido en responsabilidad profesional que le ha causado un perjuicio económico. La jurisprudencia tiene declarado que la relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión, que se construye con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS 12-2-08, 27-6 y 23-5-06, y 28-1-98, entre otras muchas), siendo en virtud de dicho contrato obligación esencial del primero la de llevar la dirección técnica de un proceso, como obligación de actividad o de medios, que no de resultado (SSTS 7-4-03, 8-6-00 y 28-12-96), en aplicación del art. 1544 del Código Civil. A lo anterior hay que sumar la normativa propia de la aludida profesión liberal, cuyos estatutos establecen como obligaciones del abogado para con su defendido, además de las que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada, atendiendo en el desempeño de esta función a las exigencias técnicas,

deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto, quedando sujeto a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañe los intereses cuya defensa les ha sido conferida. El cumplimiento de tales obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias, y cuando falta esta diligencia y se incumplen tales obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual. Tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido y de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (STS 14-7-05). Y debe recalarse que el juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad de tales profesionales exige tener en cuenta que su hacer profesional no les exige una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS 26-2-07, 30-3-06 y 14-12-05, entre otras).

De todo lo que antecede se deriva que se produce un incumplimiento de las obligaciones de dichos profesionales cuando con su actuación impiden al perjudicado la obtención de un derecho, es decir, no tanto se causa un perjuicio material directo, como se hace imposible obtener un beneficio; es decir, cuando se ha impedido la posibilidad de conseguirlo a través de un acto procesal, con lo que se vulnera el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española, y por ello se le causa un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC, siempre y en todo caso que aquella actuación o acto procesal lesivo corresponda a la obligación profesional del abogado.

La pretensión se dirige en segundo lugar contra Mapfre, como aseguradora del riesgo que desembocó en el citado siniestro, ya que conforme al art. 73 LCS la aseguradora viene obligada a indemnizar los daños y perjuicios producidos por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, y el art. 76 LCS declara que esta obligación es exigible de forma directa, y exonerable sólo si se prueba que medió culpa exclusiva del perjudicado.

SEGUNDO: Antes de entrar en el examen de los hechos y en la determinación de la eventual responsabilidad de los demandados, debe recordarse que es doctrina jurisprudencial reiterada que, se ejerciten acciones basadas en responsabilidad contractual o extracontractual, y de conformidad con el art. 217.2 LEC, al perjudicado no le basta con acreditar la existencia del daño del que hace derivar su pretensión resarcitoria, sino que le incumbe en todo caso la prueba de la existencia del nexo causal entre el daño y la responsabilidad del demandado (SSTS 20-12-82, 9-3-84, 16-10-89, 11-2-98 y 30-6-00), nexo causal que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 31-7-99, 8-2-00 y 20-2-03). Es decir, que la carga de probar el nexo causal entre la acción y el resultado dañoso incumbe en todo caso a quien reclama su indemnización, y este principio es aplicable incluso en una materia de carácter tan marcadamente tuitivo como la que afecta a los consumidores y usuarios, pues así se desprende claramente del contenido del art. 139 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Llevado lo

dicho al caso de autos, corresponde a la demandante acreditar que su abogado incurrió en negligencia profesional reprochable y que ello le causó un perjuicio indemnizable.

Sin embargo la carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba, nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos, de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC (SSTS 9-5-13 y 25-4, 27-9 y 15-11-12). Llevado lo dicho al caso de autos, si no queda debidamente probado que el demandado recibió a tiempo el encargo de la demandante de contestar a la demanda e interponer la demanda reconvenzional, deberá considerarse no probado que éste incurrió en responsabilidad civil profesional. Y como ya se ha dicho que incumbe a la actora la carga de probar el nexo causal entre el daño causado y una acción u omisión negligente del demandado, y no al demandado la de probar que el daño se produjo por un hecho fortuito o una conducta culposa del propio afectado, o a pesar de haber agotado la diligencia exigible (pues solo una vez acreditado el necesario nexo causal es cuando debe examinarse la diligencia del causante, no siendo éste quien debe probar la falta de nexo causal -SAP Las Palmas, sec. 4ª, 7-11-13-), el efecto de no probar tiene como consecuencia prevista legalmente la desestimación de su pretensión (SAP Cantabria, sec. 2ª, 23-3-09).

Aplicado lo dicho a este supuesto, la responsabilidad del Sr. es indudable, pues partiendo del hecho documentado (Doc. 1 de la demanda -folios 48 a 61, 66, 106 a 108 y 136 a 144-), no discutido y admitido por el propio interesado durante su interrogatorio de que, a pesar de haber recibido con tiempo más que suficiente de la Sra. el encargo de oponerse a la demanda y presentar la demanda reconvenzional, terminó presentándola fuera de plazo, y que esa presentación tardía tuvo como consecuencia que no pudiera entrarse siquiera a discutir en los autos nº 477/13 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Santander si la Sra. tenía derecho a percibir de su esposo una pensión compensatoria, no es conforme a la diligencia profesional mínimamente exigible alegar que la Sra. le había transmitido erróneamente la fecha en la que había sido emplazada al procedimiento (concretamente señalando que había sido emplazada un día más tarde del que realmente lo había sido) y que en virtud de la relación de confianza que une a todo abogado con su cliente se había fiado de dicha información exclusivamente verbal y no apoyada en documento alguno (como reconoció durante su interrogatorio) y con ello presentado la reconvencción un día más tarde de vencido el plazo; y no lo es porque, en primer lugar, el demandado sabe por su cualificación profesional que los plazos procesales son improrrogables, y su transcurso supone la preclusión de los actos procesales afectados, sin posibilidad de subsanación salvo casos de fuerza mayor (arts. 134 y 136 LEC); por lo que, en segundo lugar, una vez conocida la existencia del procedimiento, recibido el encargo de intervenir en el mismo y personado en las actuaciones (y por tanto con posibilidad de examinar los autos), no comprobar de forma fehaciente qué día comienza el cómputo de un plazo tan esencial como el de la contestación a la demanda cuando tiene la posibilidad efectiva de hacerlo y tiempo suficiente para ello (dada su temprana personación en los autos) y limitarse a dar por buena la información verbal de su cliente resulta de una negligencia inexcusable, especialmente si, como es el caso, tenía la intención de agotar el plazo, como hizo presentando el escrito el que creía que era el último día de plazo para ello, siendo a la postre tal conducta la que determinó que un error de cómputo de plazo aparentemente tan leve como fue equivocarse en un día al contar un plazo de veinte resultara esencial y de consecuencias tan perjudiciales para los intereses de la aquí demandante.

En definitiva, no discutido que el demandado recibió el encargo con tiempo suficiente, que no cumplió con el mismo en plazo, y que dicho incumplimiento cercenó la posibilidad de estimar en dicho procedimiento una pretensión que su cliente le había encomendado, la relación causal entre su omisión y el daño es evidente, y, como se ha dicho, una vez acreditado el necesario nexo causal es cuando el demandado debe acreditar haber actuado con la debida diligencia, cosa que no ha hecho porque (como se ha dicho ya) no lo es aludir a la relación de confianza que tenía con la demandante, pero además tampoco existe prueba alguna (que incumbía al demandado, una vez acreditado el nexo causal) de que efectivamente fue la demandante quien indujo al demandado a error con el plazo para contestar, pues la sola afirmación de éste no resulta suficiente y no se ha propuesto ninguna prueba en tal sentido.

Por lo tanto debe declararse la responsabilidad profesional del Sr. , y con ello la de Mapfre, a tenor de la relación de aseguramiento vigente al tiempo del siniestro, documentada (Doc. 3 de la demanda) y no discutida, mereciendo destacarse del contenido de la póliza que la cantidad reclamada en esta litis ni supera el límite de cobertura para el tipo de siniestro acaecido, ni tampoco se contempla suma alguna a soportar por el asegurado en concepto de franquicia.

TERCERO: Pasando a determinar si el error del demandado causó a la demandante un daño efectivo susceptible de resarcimiento económico, y en tal caso a concretar su importe, es sabido que cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (SSTS 26-1-99, 8-2-00, 8-4-03, 30-5-06 y 12-2-08). En general puede afirmarse que el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado, pues la propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del profesional y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su profesional debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente (aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad), a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones. Según la **STS 14-12-05** este criterio determina la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defensa del profesional se ha desempeñado por cauces incompatibles con la aplicación indiscutible de la ley, con la jurisprudencia consolidada o con la práctica reiterada de los tribunales, o con el respeto a los mandatos de la ley cuya interpretación no ofrezca dudas razonables según las pautas que puedan deducirse de la doctrina y de la jurisprudencia.

Mas si la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS 27-7-06, citada por la demandante), o, como expresa la **STS 30-11-05**, que existe una relación de

certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, tal relación es evidente en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones, como es el caso.

Señala la **STS 29-5-03** que en tales casos (responsabilidad acreditada) se plantea una primera y principal disyuntiva al órgano judicial encargado de enjuiciar tal responsabilidad profesional: si puede o tiene que realizar una operación intelectual consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si el recurso hubiera sido examinado por la Sala.

De contestarse afirmativamente a esta pregunta, ciertamente podrá condenarse al profesional a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego (como aquí pretende la demandante), o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito (prosperabilidad que suelen decir los Tribunales) que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos.

Si la respuesta es negativa, el juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Es la "pérdida de oportunidad". Otra posibilidad, en este segundo caso, es la de que el juez señale en favor del cliente una indemnización (también de discrecional estimación) por el daño moral que al cliente le ha supuesto verse privado de acceso a la Justicia.

La **STS 20-5-96** en un supuesto de preclusión del plazo para apelar consideró que el único medio de aproximarse a los concretos daños y perjuicios era optar por una respuesta positiva a dicha pregunta, es decir, por examinar la factibilidad o no del recurso que se perdió por culpa del profesional, sin que ello pretendiera sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, pues como afirmaba la **STS 30-3-06** una cosa es que nadie puede prever con absoluta seguridad que una determinada reclamación vaya a ser obtenida ante los tribunales, y otra distinta que no se obtenga porque no fue planteada, con omisión de la diligencia lógica y razonable de actuación profesional.

En tales casos la reclamación de daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable, comprende no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), aparezcan debidamente probados (SSTS 11-11-97 y 25-3-98).

De ello se deduce que en este tipo de responsabilidades no solo es exigible indemnización en concepto de daño moral, ni por tanto solo cabe pronunciamiento indemnizatorio cuando el demandante ha alegado expresamente la existencia de tal daño moral, pues en supuestos de absoluta omisión de actividad procesal que cierra de plano la posibilidad de tutela judicial efectiva (como es el caso) cabe apreciar de modo natural, y por tanto cuantificar, la existencia de daños y perjuicios de contenido patrimonial (pues según la ya citada **STS 12-2-08** el daño debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tenía como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, como es el caso), sin necesidad de ceñir el derecho a indemnización al concepto de "daño moral", que

por el contrario puede concurrir de forma acumulada al daño patrimonial sufrido, y que en el presente caso la demandante también ha alegado (Fundamento IV. 2º de la demanda).

CUARTO: Aplicado lo dicho al caso de autos, desde luego la demandante sufrió una pérdida de oportunidad y un daño irremediable al haberse dejado sin resolver su pretensión de pensión compensatoria por inadmisión de la reconvencción, pues no se comparte que una vez finalizado el procedimiento de divorcio tuviera la posibilidad de solicitarla mediante una demanda autónoma. Y es que, con independencia de que tampoco se ha probado que, una vez inadmitida la reconvencción, el demandado pusiera en conocimiento de su cliente dicha posibilidad y le aconsejara interponer la oportuna demanda (pues nuevamente la sola afirmación del demandado en tal sentido resulta insuficiente), y siendo cierto que nuestra Audiencia Provincial se ha mostrado favorable a dicha posibilidad (así cabe citar las SSAP Cantabria, sec. 2ª, 22-7-15 y 13-5-09 –esta última citada por los demandados-), la muy reciente STS 3-6-16, dictada precisamente para resolver el recurso de casación interpuesto contra la citada SAP Cantabria, sec. 2ª, 22-7-15, ha aclarado la cuestión de forma concluyente, afirmando que frente al criterio de la citada sentencia de nuestra Audiencia (conforme al cual la renuncia de derechos constituye un acto de disposición abdicativa respecto de un derecho subjetivo ya nacido que ha de ser clara, contundente y expresa, y la falta de reconvencción expresa en el procedimiento de divorcio precedente que dejó imprejuzgado el derecho de la apelante al establecimiento de la pensión compensatoria que ahora reclama no puede interpretarse como una renuncia a su derecho, ni en consecuencia inadmitirse su posterior pretensión en un proceso de modificación de medidas como el que resolvió por medio de dicha resolución acogiendo dicha petición de pensión compensatoria no pedida en el precedente proceso de divorcio), la pensión compensatoria es una medida definitiva del juicio de separación o de divorcio matrimonial que se regula en el art. 97 del Código Civil, y no una medida provisional, ni independiente, ni autónoma, por más que ciertamente sea de naturaleza dispositiva y por tanto para ser concedida deba ser pedida por uno de los cónyuges en cualquiera de sus escritos iniciales, es decir en la demanda o en la contestación. Y así cita la STS 2-12-87, que recuerda que el art. 97 CC no es una norma de derecho imperativo sino dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, 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 (precisión que es importante teniendo en cuenta la importancia que se ha querido dar en esta litis a lo acordado en su día por los cónyuges en materia de cargas familiares en los autos de medidas provisionales coetáneas al procedimiento de divorcio -Doc. 2 de la demanda-). Se trata en definitiva de un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar (SSTS 11-12-15, 25-3-14, 3-6-13 y 20-4-12), pero que claramente surge tras la separación o el divorcio, previa petición del cónyuge que considera alterada su situación económica en ese momento, y se determina en sentencia (arts. 97 y 100), sin perjuicio de que pueda luego sustituirse (art. 99) o modificarse por alteración sustancial de en la fortuna de uno u otro cónyuge (art.100).

De ello resulta que no hay dos momentos de ruptura conyugal, sino uno solo: el de la separación o el del divorcio, en el cual se determina de manera definitiva si concurre o no ese desequilibrio económico que sustenta el derecho, valorado en relación a la situación que se disfrutaba cuando acontece la ruptura de la convivencia conyugal, de la que trae causa, conforme al artículo 97 CC, quedando asimismo juzgada si el derecho no se hace valer o no se insta correctamente por la parte interesada, impidiendo que pueda reconocerse en la sentencia. Por ello la STS 18-3-14 declaró como doctrina jurisprudencial que *“el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una*

pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial". Y por ello concluye la **STS 3-6-16** que la tesis mantenida en la sentencia recurrida no era sostenible, pues no es un problema de renuncia, sino de un presupuesto sustantivo, no procesal, en cuanto al momento en que debe ejercitarse el derecho para valorar el desequilibrio económico.

Llevado lo dicho al caso que nos ocupa, si está documentado que la crisis matrimonial (que es el momento en el que examinar el desequilibrio patrimonial –SAP Cantabria, sec. 2ª, 13-12-11-) que dio lugar a los autos nº 477/13 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Santander ya se había producido en junio de 2013 (pues fue entonces cuando el marido de la aquí demandante interpuso la demanda de divorcio –Doc. 2 de la demanda, folios 150 a 155-), y que el aquí demandado estuvo sosteniendo en el procedimiento de divorcio la pretensión de que se reconociera a la demandante su derecho a pensión compensatoria hasta agotar la segunda instancia (como es de ver en el recurso de apelación y en el Fundamento Tercero de la sentencia de apelación – Doc. 1, folio 142-), ello significa que esa pretendida reclamación autónoma de pensión compensatoria nunca podría haberse presentado hasta después de dictada la sentencia de apelación, que lo fue el 16 de julio de 2014; por lo que, aplicando el criterio jurisprudencial señalado, habría sido totalmente extemporáneo reclamar una pensión compensatoria más de un año después de producida la crisis matrimonial y varios meses después de dictada la sentencia en primera instancia.

QUINTO: Llegado el momento de determinar qué hipotética pensión compensatoria habría podido reconocerse a la aquí demandante, y frente a la orfandad de prueba en esta litis sobre la capacidad económica que tenían los cónyuges al tiempo de iniciar el proceso de divorcio y la existencia o no de un desequilibrio patrimonial (pues la única prueba propuesta ha sido la documental que en su día se practicó en dicho procedimiento de divorcio, que consta en el testimonio unido a la demanda), resulta absolutamente relevante la valoración de la prueba que sobre este extremo contiene la sentencia de apelación en su Fundamento Segundo (folio 141), en la que se afirma que ese desequilibrio patrimonial existía porque el esposo de la Sra. cobraba una pensión de jubilación de 3.100 € y además tenía otras probables fuentes de ingresos añadidas por actividades empresariales, mientras que la Sra. trabajaba a media jornada como empleada de hogar, no siendo razonable imputarla unos ingresos próximos a los 1.500 €, como pretendía su esposo.

Dicho esto, acudiendo a los criterios establecidos en el art. 97 CC, es doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS 3-7 y 21-2-14, 24-10-13 y 9-10-08) y recordada por la muy reciente **STS 24-5-16** que en los supuestos en el que la esposa carece de cualificación profesional y por su edad carece igualmente de posibilidad de mejorar su situación económica, y en los que el tiempo de dedicación exclusiva a la familia le ha impedido su desarrollo profesional, justifican que la pensión compensatoria deba fijarse con carácter indefinido.

Y en la misma línea la **SAP Cantabria, sec. 2ª, 5-11-15**, en un caso de larga duración del matrimonio, edad avanzada de la esposa, escasa formación (estudios primarios), y experiencia laboral (dedicación al cuidado de la casa y colaboración en las actividades económicas del matrimonio) y falta de prueba sobre recursos económicos propios, concluía que existía una muy alta probabilidad de que la restauración del desequilibrio puesto de manifiesto con la ruptura matrimonial fuera inalcanzable en el futuro, y que dicho desequilibrio se habría instaurado de manera cronificada en la vida de los litigantes, lo que justificaba que se constituya la pensión compensatoria de manera indefinida.

Por su parte la **SAP Cantabria, sec. 2ª, 14-10-14** citaba las SSTS 17-5-12, 24-11-11 y 19-1-10, que señalaban que por desequilibrio patrimonial ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura, de modo que la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial; y precisaban que para la fijación de la pensión compensatoria el juez debía decidir sobre tres cuestiones: a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria. b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia. y c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal. Y la citada sentencia de nuestra Audiencia valoraba las posibilidades de empleo de la esposa, que consideraba no nulas pero sí difíciles, dada su edad y escasa preparación, lo que hacía que sus perspectivas para un trabajo a tiempo completo no fueran buenas, e igualmente las escasas perspectivas de poder causar derecho a pensión por el trabajo, visto su historial de cotización; pero en contrapartida también valoraba que el régimen económico matrimonial fue el de gananciales, lo que le permitirá la esposa participar de las ganancias acumuladas durante el matrimonio (entre las que se incluía una indemnización por despido), e igualmente que le hubiera sido atribuido el uso de la que fue vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

Llevado lo dicho al caso que nos ocupa, tenemos que:

1. Como se ha dicho ya, la sentencia de apelación del procedimiento de divorcio señalaba en su Fundamento Segundo que existía desequilibrio patrimonial generador de pensión compensatoria, y tal conclusión no se ve desmentida por la documentación obrante en autos, que revela que era el marido quien generaba ingresos por su actividad laboral, mientras que su esposa se encargaba del cuidado de la casa y de los dos hijos comunes (folios 22 y 28) y solo colaboraba en la economía familiar con trabajos por horas como empleada doméstica o cuidadora, labor que no genera ingresos importantes. Así lo reconoció el propio esposo al promover la demanda de divorcio (Hecho Cuarto- folio 13-) y lo ratifica el informe de investigación aportado a su instancia en dicho procedimiento (folio 96), y del mismo modo en hojas registrales de nacimiento de los hijos comunes se hizo constar que la demandante se dedicaba a "sus labores" (folios 22 y 28). Teniendo en cuenta que en su declaración el demandado afirmó que en el procedimiento de divorcio se había acreditado que la demandante cobraba entre 6 y 8 € la hora, si trabajaba cuatro horas diarias de lunes a viernes sus ingresos mensuales (a 7 €/hora) ascenderían a 560 €, frente a los 3.100 € que la Audiencia imputó a su esposo, debiendo por tanto fijarse en tales cifras el desequilibrio patrimonial.
2. Consta igualmente documentado (folio 26) y no es discutido que en el momento de la demanda de divorcio los cónyuges llevaban treinta y cinco años casados, que la demandante tenía cincuenta y siete, y que carece de formación y experiencia profesional más allá de los trabajos de asistencia por horas ya referidos, lo que dada

su edad hace que sus perspectivas laborales futuras no sean halagüeñas, como tampoco parece factible que pueda devengar una pensión contributiva cuando le llegue la edad de jubilación si hasta la fecha no ha cotizado nada. Por tanto no es previsible que dicho desequilibrio pueda corregirse en el futuro, lo que justifica que se constituya la pensión compensatoria de manera si no indefinida, sí durante un periodo futuro prolongado.

3. En contrapartida, también está documentado (folio 78) y no se ha discutido que en el año 2011 (es decir, constante matrimonio) el esposo percibió una indemnización de 270.000 € que forma parte de la sociedad ganancial formada con la demandante, supuesto idéntico al tratado por la **SAP Cantabria, sec. 2^a, 14-10-14** ya citada, según la cual la eventual participación de la esposa en las ganancias acumuladas durante el matrimonio debía valorarse cara a fijar la pensión compensatoria, gozando por tanto la demandante de una expectativa patrimonial no desdeñable pero todavía no materializada (pues no consta que a día de hoy, dos años después de recaída sentencia definitiva de divorcio, se haya iniciado la liquidación de la sociedad ganancial, ni qué inconveniente ha podido haber para ello). Y dicha resolución también valoraba que se hubiera atribuido a la esposa el uso de la que fue vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, como también ocurre en este caso, en el que, tras una fase inicial de uso compartido de la vivienda acordado en sede de medidas provisionales (folio 188), la sentencia de primera instancia fijó un régimen de uso alterno por periodos iguales (folio 108) que fue modificado finalmente por la Audiencia (folio 143) al reconocer un derecho de uso a favor de la demandante desde el dictado de dicha sentencia (16 de julio de 2014) hasta el 1 de febrero de 2017, y a partir de entonces un uso alterno por periodos iguales, si no se había producido la liquidación de la sociedad ganancial.
4. Por todo ello, atendiendo al desequilibrio de ingresos señalado (560 € frente a 3.100 €), habría sido razonable haber reconocido a la demandante una pensión compensatoria de 1.200 € mensuales (que fue la en su día pedida en su nombre por el demandado –folio 61-) que sin embargo se habría visto moderada por la atribución de uso a su favor de la vivienda desde julio de 2014 hasta febrero de 2017, derecho de uso exclusivo que puede valorarse en la cantidad de 600 € mensuales, por lo que la cantidad resultante ascendería a 600 € mensuales durante esos dos años y medio transcurridos desde julio de 2014 hasta febrero de 2017, lo que haría un total de 600 € x 30 meses = 18.000 €.
5. Es más que razonable suponer que para febrero de 2017 (más de dos años después de recaída sentencia definitiva de divorcio) la sociedad ganancial debería estar ya liquidada, así como adjudicado el caudal entre los cónyuges, lo que, como se ha dicho y no se discute de contrario, supondrá un importante incremento patrimonial para la demandante, y ello conlleva necesariamente la correspondiente moderación del importe de la pensión, considerándose razonable fijar en ese momento una pensión de 200 € mensuales durante veinte años (es decir, hasta que la demandante supere los ochenta años), de modo que 200 € x 240 meses = 48.000 €. Sumada esta cifra a los 18.000 € fijados en el punto anterior el resultado asciende a 66.000 €, que es la cantidad que será objeto de condena.

Por todo ello procede estimar parcialmente la demanda en la cantidad citada.

SEXTO: La cantidad objeto de condena devengará los intereses moratorios del art. 576 LEC para ambos demandados, tal y como se ha reclamado expresamente en el suplico de la demanda.

SÉPTIMO: De conformidad con el art. 394.2 LEC no procede condena en costas, dada la estimación parcial de la demanda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta en su día por la Procuradora Sra. Cobo Mazo:

PRIMERO: DEBO CONDENAR Y CONDENO a y a MAPFRE a pagar solidariamente a **66.000 €**, cantidad que devengará un INTERÉS ANUAL equivalente al legal del dinero incrementado en dos puntos desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución hasta su completo pago.

SEGUNDO: No procede condena en COSTAS en este procedimiento, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por iguales partes.

Notifíquese a las partes la presente resolución. Hágaseles saber que la misma no es firme, y que frente a ella cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de veinte días desde el siguiente a su notificación. Este recurso se preparará ante este Juzgado y se resolverá por la Audiencia Provincial de Cantabria.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo