RECIBIDO
Por Procuradora Scherezade Llinares Monllor fecha 8:45 , 07/05/2018

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE ALICANTE (FAMILIA)

PROCEDIMIENTO: Divorcio Contencioso n[redacted]

SENTENCIA Nº[redacted]

En Alicante, a 30 de abril de 2018.

Vistos por mí, doña Sandra Peinado Martínez, Magistrada-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Alicante, los presentes autos de divorcio contencioso, tramitados ante este Juzgado bajo nº[redacted]a instancia de doña [redacted]representada por el/la procurador/a don/doña Scherezade Llinares Monllor y defendida por el/la letrado/a don/doña José García Berzosa, contra don [redacted], representado por el/la procurador/a don/doña José Antonio Saura Ruiz y defendido por el/la letrado/a don/doña José Felipe Ferreiro González, cuyos autos versan sobre divorcio, y, atendiendo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- En fecha 6 de septiembre de 2017, el/la procurador/a don/doña Scherezade Llinares Monllor, en nombre y representación de doña [redacted] mediante escrito que correspondió por turno a este Juzgado, presentó demanda de divorcio contra don [redacted] en la que, tras exponer los hechos y los fundamentos de Derecho que entendía de aplicación, terminaba solicitando que se dictase Sentencia decretando el divorcio de las partes y aprobando como medidas definitivas la fijación de una pensión compensatoria vitalicia de 3.500 euros, la fijación de una pensión alimenticia para Carla de 500 euros, con abono por mitad de sus gastos extraordinarios y cuotas del colegio, la atribución del uso del domicilio familiar y anexos a la esposa, y la atribución del uso de la vivienda de la Playa y anexos al esposo.

La actora fundaba su pretensión, en síntesis, en los siguientes hechos: 1)Las partes contrajeron matrimonio el [redacted] naciendo fruto del mismo sus hijas [redacted] 2)El régimen económico matrimonial hasta el [redacted] fue la sociedad de gananciales, desde el [redacted] fue el de separación de bienes, [redacted] fue la sociedad de gananciales y [redacted] en adelante fue el de separación de bienes; 3 [redacted] es licenciada en odontología y estudia un máster en Valencia, que paga con la herencia de su tío; 4 [redacted] se encuentra emancipada desde el [redacted] y estudia en el Colegio [redacted] 5) Las hijas percibieron en 2010 una herencia de su tío de 60.000 euros cada una y un inmueble que fue vendido en 2017 por importe de 90.000 euros; 6) En el domicilio familiar, sito en la [redacted] y propiedad privativa de la esposa, vivían de modo habitual la esposa y su hija [redacted] debido a que el esposo se encontraba más de 25 días en el extranjero, pero desde mayo de 2017 lo ocupa él con su hija [redacted] habiendo tenido que contratar una persona interna para que la atienda cuando él se encuentra fuera; 7) Los cónyuges son copropietarios de una vivienda sita en la Playa [redacted] en la cual residía la familia desde mayo a junio, encontrándose ocupada por la esposa, que tuvo que marcharse a casa de sus padres [redacted] porque se había quedado en la indigencia; 8) La esposa, que tiene [redacted] no trabaja desde abril de 2009; y 9) El esposo ocupa un puesto de alta dirección y consejero delegado en una multinacional, percibiendo más de 200.000 euros al año, disponiendo de un A7 para sus desplazamientos por España y teniendo cubiertos sus gastos diarios.

SEGUNDO- Admitida a trámite la demanda el [redacted] se dio traslado de la misma al demandado y al Ministerio Fiscal, para que en el plazo de veinte días pudieran comparecer en autos, contestando a la demanda y, en su caso, formulando reconvención.

TERCERO- El Ministerio Fiscal presentó escrito de contestación a la demanda en fecha [redacted] mostrando su conformidad con los hechos que servían de antecedentes fácticos a la demanda al haber sido acreditados documentalmente y oponiéndose al reconocimiento y admisión de los restantes hechos alegados por la actora, en tanto no fuesen debidamente probados por la misma.

El/la procurador/a don/doña José Antonio [redacted] en nombre y representación de don [redacted] presentó el [redacted] escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la misma y solicitando la no fijación de pensión compensatoria para la esposa, la fijación de la obligación del padre de asumir todos los gastos de sus hijas, con abono por la madre de una pensión alimenticia de 150 euros por hija y la mitad de sus gastos extraordinarios, la atribución al esposo del uso del domicilio familiar, la atribución a la esposa del uso de la vivienda de la Playa, y la fijación de un régimen de visitas para la esposa en relación a [redacted]

El demandado fundaba su pretensión, en síntesis, en los siguientes hechos: 1)Las hijas apenas tienen relación con su madre; 2)Los gastos del máster que cursa [redacted] son abonados por el padre; 3)Ahora, el esposo sólo está fuera seis o siete noches al mes; 4)Desde que la esposa se marchó, el domicilio familiar es ocupado por las hijas y el esposo; 5) La esposa ha trasladado su residencia a [redacted] con su pareja; 6) El padre sólo ha contratado a una canguro de modo puntual para el cuidado de su hija y un día por semana va a limpiar una señora; 7) La esposa es licenciada en biología; y 8) El esposo trabaja para Euro Pool System, en virtud de un contrato de alta dirección, disponiendo de un vehículo de empresa y teniendo cubiertos tan sólo sus gastos de viaje por trabajo.

CUARTO-Citadas sólo las partes (por no existir hijos menores no emancipados) para la celebración de la vista el día 24 de abril de 2017, a la misma comparecieron ambas.

La vista comenzó con ratificación por la actora de los fundamentos expuestos en la demanda, seguida de la ratificación por la demandada de su escrito de contestación.

No habiendo conformidad sobre los hechos relevantes del procedimiento, las partes propusieron las pruebas y, una vez admitidas las que no eran impertinentes o inútiles (documentos, interrogatorio del demandado e interrogatorio de testigo), se practicaron seguidamente, con el resultado que es de ver en el soporte de grabación y reproducción del sonido y de la imagen en que se documentó la vista, tras lo cual las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos e informaron sobre los argumentos jurídicos en que se apoyaban sus pretensiones, dándose por terminada la vista.

QUINTO- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO-La pretensión principal de la parte actora consiste en que sea declarada la disolución del matrimonio de las partes, por divorcio.

Respecto a la disolución del matrimonio, por una parte, el art.85 del Código Civil, indica que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio, mientras que, por otro lado, el art.86 del Código Civil señala que se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el art.81.

El último precepto mencionado establece, en su segundo apartado, que se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la

libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Habiendo solicitado uno de los cónyuges el divorcio y habiendo transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio (folio 113), procede decretar judicialmente el divorcio.

SEGUNDO-Una de las medidas controvertidas en las presentes actuaciones viene referida a la atribución del uso del domicilio familiar.

Respecto al domicilio familiar, el art.96 C.C. establece que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Por lo tanto, el art.96 C.C. atribuye como regla general el uso y disfrute del domicilio conyugal cuando no existen hijos, ni acuerdo entre las partes, al cónyuge titular y, excepcionalmente, cuando las circunstancias lo aconsejen, establece la atribución temporal del uso de la vivienda al cónyuge no titular cuando su interés sea el más necesitado de protección (Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 de noviembre de 2006).

La Sentencia 624/2011, de 5 septiembre, del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, a la que se remite la Sentencia 183/2012, de 30 de marzo, de la misma Sala, fijó como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3° del art.96 C.C., que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

El art.39.3 C.E. impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En relación directa con dicho precepto, y como concreción del principio favor filii (a favor del hijo) o favor minoris (a favor del menor), el párrafo 1° del art.96 C.C. atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden.

Respecto a la imposibilidad de extender la protección del menor que depara el art.96.1° C.C. más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentran los siguientes argumentos:

1°) La propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos, pues mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo

de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el art.96 C.C. no depara la misma protección a los mayores.

2ª) No cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art.93.2 C.C., respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los art.142 y siguientes del C.C. que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los art.142 y siguientes del C.C., en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los art.142 y siguientes del C.C., tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1° sino del párrafo 3° del art.96 C.C., según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

En el presente supuesto, el domicilio familiar se encuentra sito Alicante, [redacted] (hecho no controvertido).

A los efectos de efectuar su atribución, deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

- En el Registro de la Propiedad consta como propiedad privativa de doña [redacted]

- No existen hijos menores bajo la potestad de los cónyuges, puesto que [redacted] es mayor de edad (folios 114-115) y [redacted] se encuentra emancipada (folios 116-119), con lo que su tratamiento jurídico es el mismo que el de una persona mayor de edad (art.169 y 323 C.C.).

- La esposa se encuentra en situación de desempleo desde el 2 de abril de 2009 (folios 75, 92, 94 y 215).

- El esposo trabaja como consejero delegado de [redacted] fijándose como retribución fija del mismo en diciembre de 2009 la cuantía anual de 126.720 euros brutos, que se incrementaría anualmente, como mínimo, en el incremento del I.P.C. (folios 172-178).

Por lo tanto, siendo evidente que el interés más necesitado de protección no lo ostenta el cónyuge no titular del domicilio familiar, la atribución del uso del mismo debe efectuarse a favor del cónyuge titular de la propiedad.

TERCERO-Existiendo una segunda vivienda que solía utilizar la familia durante el período estival, no existe acuerdo entre los cónyuges sobre la atribución de su uso, pues cada uno pretende que se le atribuya al contrario, no solicitando para sí el uso, al pretender cada uno el uso del domicilio familiar, pero no subsidiariamente el uso de la segunda vivienda.

Sobre este tema, señala el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de mayo de 2012, que, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial.

El art.91 C.C. sólo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art.96 C.C. y el art 774.4 L.E.C. repite la misma regla, de donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el Juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo.

Existen varias razones para llegar a esta conclusión, dejando aparte la interpretación literal del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento, a la que se ha aludido:

1ªLa atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges.

2ªLa sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del art. 806 y ss L.E.C., en defecto de acuerdo previo.

3ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el art. 103, 4ª C.C., que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes.

En consecuencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2012 concluye formulando la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

Por lo tanto, no puede existir pronunciamiento judicial en la presente resolución sobre la atribución del uso de la segunda vivienda de la familia.

CUARTO- Otro punto de controversia entre los cónyuges viene referido a la fijación de una pensión alimenticia a favor de Carla, en relación a la que la actora interesa, si convive con la madre, se fije a cargo del padre una pensión de 500 euros, mientras que el demandado solicita se fije a cargo de la madre una pensión de 150 euros.

El art.93 C.C. establece que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, así como que si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y ss. del Código Civil.

No obstante, no debe olvidarse que, mientras que los alimentos a los hijos menores se favorecen de la presunción de su indispensabilidad por la idea social de que durante la minoría de edad es necesaria la asistencia de los padres, los alimentos a los hijos mayores de edad necesitan, para que la obligación surja, que se acrediten de manera precisa las condiciones de vida del hijo mayor para poder determinar si, a pesar de la presunción de que una persona mayor de edad, en el pleno ejercicio de sus derechos, está en condiciones de defenderse en la vida, se dan circunstancias superiores a la voluntad humana que colocarían al hijo mayor en una situación de cuasi indigencia social y económica, ya que lo que la Ley trata de cubrir son dos realidades primordiales: la subsistencia (art.152.3º C.C.) y la formación (art.142.2º C.C.).

A mayor abundamiento, señalar que la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad no tiene el carácter preferente e incondicional que tiene la pensión alimenticia a favor de los hijos menores, proclamando el Tribunal Supremo que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad, por incardinarse precisamente en la patria potestad, derivando de la relación paternofilial (art.110 C.C.) no ha de verse afectado por las limitaciones propias de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una norma en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados.

No resulta ser un hecho controvertido que las hijas del matrimonio recibieron una herencia de su tío (folios 8 y148).

Si bien no ha resultado acreditado el importe percibido por las hijas, lo cierto es que, habiendo alegado la actora en su escrito de demanda que cada una recibió 60.000 euros y un inmueble que vendieron en 2017, tales importes no han resultado negados por el demandado y ambas hijas reconocen haber recibido un importe en efectivo y una vivienda que vendieron, si bien no reconocen los importes totales percibidos, mostrándose muy dudosas al respecto, aunque un mínimo de 60.000 euros cada una no se pone en duda, sea por el concepto que sea (interrogatorio de las testigos doña [redacted]

Además, [redacted] afirma que si bien el dinero que ella percibió se fue gastando en el pago de sus estudios, aunque su padre se lo está devolviendo, el importe heredado por su hermana [redacted] no se ha gastado (interrogatorio de la testigo doña [redacted]

Por lo tanto, siendo que [redacted] que ha manifestado su intención de vivir con su padre (interrogatorio de la testigo doña [redacted] se encuentra emancipada (folios 116-119), tiene en el banco un mínimo de 60.000 euros y su madre se encuentra en situación de desempleo desde el 2 de abril de 2009 (folios 75, 92, 94 y 215), no procede fijar pensión alimenticia alguna a cargo de su madre.

QUINTO- No habiendo solicitado la parte actora en su demanda la fijación de una pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad, [redacted] la parte demandada, en su escrito de contestación, interesa la fijación de una pensión de alimentos a favor de dicha hija.

No obstante, debe concluirse que no procede entrar a conocer dicha pretensión de la parte demandada, en base a las siguientes consideraciones.

Durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el Tribunal Supremo venía declarando que cualquier petición de la parte demandada que no fuera la de la simple absolución, debía ser tenida como reconvención, aunque no se formulara sobre la base de singulares hechos y fundamentos de derecho, en cuanto desglosada y a continuación de la contestación a la demanda (Sentencias, entre otras muchas, de 24 de abril de 1982, 11 de julio de 1983 y 5 de febrero de 1990).

En definitiva, en el antiguo sistema se admitía tanto la reconvención expresa, esto es la formulada tras la contestación, con la debida separación de la misma y observando las formalidades, requisitos y solemnidades del art.524, y la implícita o tácita, que suponía cualquier pretensión del demandado distinta de la de su absolución, prescindiendo de las antedichas formalidades.

En cualquiera de dichas alternativas, era exigencia ineludible el traslado a la parte demandante para su contestación, en aras de la observancia de los principios de audiencia y contradicción imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, que, omitidos, impiden todo pronunciamiento en orden a tal particular (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983).

La Ley 1/2000, en un intento de clarificación del debate procesal, ha venido a establecer un sistema bien distinto, pues, admitiendo la posibilidad de ejercicio por el, en principio, demandado de nuevas acciones que se pueden acumular a las ya deducidas de contrario, el art.406.3 exige, de una manera inequívoca e imperativa, que la reconvención se proponga a continuación de la contestación, se acomode a lo que para la demanda se establece en el art.399 y exprese con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos. Añade que, en ningún caso, se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal. Además, por si alguna duda subsistiera, declara en su rúbrica la inadmisibilidad de la reconvención implícita.

En este orden de cosas, para que una nueva pretensión de la parte demandada pueda ser analizada en cuanto al fondo en el pleito entablado a raíz de la presentación de la demanda, se hace ineludible que se formule a través de la reconvención, con estricto acomodo procesal a la legislación actualmente vigente, cumpliendo, por tanto, las formalidades del escrito de demanda, sin que pueda refundirse en el de contestación por el mero condicionante de contener el suplico de la misma una petición respecto de una materia a la que no se refería como objeto de debate la demanda.

Tal normativa de carácter general tiene una proyección específica en los procedimientos matrimoniales, al exigir la regla 2ª del art.770 que la reconvención:

1-Se proponga con la contestación a la demanda.

2- Sea contestada por el actor en el plazo de diez días.

3-Sólo se admita por las causas taxativamente señaladas en el precepto y, en concreto en lo que ahora nos interesa, cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Entre esta materia, sin lugar a ningún género de dudas, se encuentra la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, que entra de lleno en la esfera jurídico-privada y dispositiva de las partes, respecto de la cual el Tribunal no debe pronunciarse de oficio.

La consecuencia es que si la pensión alimenticia no ha sido solicitada en la demanda y no se solicita en reconvención explícita, queda vetado para el Tribunal su examen y decisión sobre el fondo (en este sentido, respecto a la pensión compensatoria, Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de julio de 2005y 6 de mayo de 2003, de Murcia de 7 de diciembre de 2005, Cáceres de 29 de junio de 2005, Las Palmas de 28 de enero de 2005y Vizcaya de 30 de septiembre de 2004).

En el presente caso, no cabe valorar el establecimiento de una pensión alimenticia para la hija mayor de edad, al no haber sido introducida en legal forma en el proceso.

Así, aunque la parte demandada hiciera referencia a la pensión en la contestación, no basta con ello para articular la reconvención en forma, ni para llenar las exigencias ya señaladas.

Ha de advertirse que no hay nulidad posible por el hecho de que la Juzgadora no lo advirtiera a las partes, ni procediera a la subsanación, pues es a la parte, y no a la Juzgadora, a la que es imputable el defecto y fue aquélla quien debió cumplir con la exigencia legal.

Sobre la posibilidad de subsanación de la reconvención implícita, se han dado soluciones distintas en la doctrina ya elaborada sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pero la solución correcta debe ponerse en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia.

En este sentido, el Tribunal Constitucional (por ejemplo, la Sentencia nº 46/2004, de 23 de marzo), ha señalado que la técnica procesal de la subsanación sólo resulta de aplicación