Revista de Derecho de
familia
DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 39
abril·junio 2008

Director:
Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	23
Jurisprudencia	85
Resoluciones de la DGRN	275
Sección Práctica	283
Tribuna Abierta	295
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	317
Avances Jurisprudenciales	323

editorial
LEX NOVA

Revista de
Derecho de Familia

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

© LEX NOVA 2008

Edición
Lex Nova, S.A.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457 038
Fax. 983 457 224
E-mail. clientes@lexnova.es

Diseño
MAC·115

ISSN
1139-5168

Depósito Legal
VA. 803-1998

Printed in Spain
Impreso en España

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova.

La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsablidad de sus autores los criterios emitidos.

¿Por qué engañamos a los padres biológicos de los menores que se declaran en desamparo?

Según el criterio mayoritario entre las sentencias de las Audiencias Provinciales, para apreciar si unos padres están o no incursos en causa de privación de la patria potestad hay que analizar la situación que existía en el momento en el que se declaró el desamparo, siendo intrascendente lo que acontezca posteriormente, concretamente señala la SAP de Zaragoza de 21 de diciembre de 2007 que, a partir del desamparo, pierde interés el cambio de circunstancias que los padres puedan invocar.

Pues bien, si ello es así, qué sentido tiene tramitar tres procedimientos previos a la adopción si al final lo que hay que analizar es lo que sucedió años atrás. ¿Por qué damos esperanzas a los padres de poder recuperar a sus hijos? ¿Por qué se les designan abogados de oficio para tramitar unos procedimientos que están abocados al fracaso? ¿De qué sirve el cambio de circunstancias y la reinserción social?

Desde que en el año 1987 se instauró en nuestro país el sistema actual de protección de menores, jurídicamente siempre se ha pensado que la falta de intervención judicial en la declaración de desamparo no se ajustaba a nuestro sistema constitucional. Más de uno ha comentado que cuando no se paga un préstamo para que te quiten la vivienda hace falta un largo proceso cargado de garantías para el deudor y después de más de tres años sale a subasta el inmueble, pero para quitar un niño a sus padres basta un informé psicosocial sin intervención judicial alguna.

Claro, podrá alegarse que los padres biológicos pueden oponerse a la resolución administrativa declarando el desamparo de sus hijos, oposición que afortunadamente se ha ido perfeccionado jurídicamente en las diferentes reformas legislativas. Que luego puede oponerse al acogimiento. Y que finalmente podrán oponerse a la adopción solicitando que se declare que no están incursos en causa de privación de la patria potestad y que, por tanto, su asentimiento será necesario para constituir aquélla.

Todas estas oposiciones son teóricas, ya que como comentamos al inicio, la situación que siempre se analiza por los tribunales en los distintos procedimientos es aquella que concurría en el mismo momento en el que se declaró el desamparo, es decir, se discute lo mismo en el procedimiento de oposición al desamparo, oposición al acogimiento y oposición a la adopción. ¿No sería más lógico que justo cuando se declara el desamparo por una entidad administrativa se solicite la confirmación judicial de esta medida y se de la oportunidad a los

padres biológicos de contrarrestar los motivos que según la administración han conducido a la retirada de los hijos? Si el desamparo se considera fortuito ¿no será mejor no insertar al menor en una familia de acogedores preadoptivos y esperar un breve plazo para considerar si es posible la reinserción? Y si el desamparo se considera doloso ¿por qué no privar a los padres de la patria potestad?

Como siempre suele pasar cuando estos temas salen a debate, se piensa que se pretende imponer los intereses de los padres antes que los de los menores. No es eso. El interés prioritario siempre es el de los menores, pero su interés pasa porque antes de que se inserte en otra familia se valore la posibilidad de reinserción con la familia biológica. Cuantas resoluciones que se dictan en los procedimientos de crisis matrimoniales establecen unas medidas en relación con el régimen de visitas señalado que podrán modificarse en función de la evolución de las circunstancias y tras un seguimiento por profesionales en la materia.

Por otro lado ¿Se ha pensado alguna vez en la angustia que sienten los acogedores preadoptivos y los propios menores cuando se están tramitando estos procedimientos y surge la duda de si volverán o no con los padres biológicos? De nada sirve que se les indique que en la inmensa mayoría de los casos, la oposición de los padres biológicos es desestimada. ¿No será mejor un control judicial inicial y si no es posible la reinserción pasar a las siguientes fases del sistema de protección de menores sin más retrasos ni dilaciones y sin la intervención de los padres biológicos al estar ya privados de la patria potestad? Nosotros creemos que sí. Esto no significa que hay que llevar todo el sistema de protección de menores a los juzgados. La administración debe seguir siendo la encargada de prevenir y detectar las situaciones de riesgo y desamparo, y dentro de sus potestades debe estar la retirada inmediata de los niños que se encuentran en esta última situación, pero el control judicial debe estar inmediatamente detrás de esa retirada para que con todas las garantías de defensa e imparcialidad, los tribunales de justicia se pronuncien sobre la pertinencia de la medida adoptada clarificando si es o no posible la reinserción y en este último caso, allanando el camino para la adopción o el acogimiento permanente de unos hijos que tienen unos padres indignos.

ESTUDIOS DOCTRINALES

En defensa de la mediación familiar en violencia de género
Borja Jiménez Muñoz 25

El fondo de garantía de pensiones de alimentos como instrumento de prevención contra la violencia de genero y la exclusión social de familias desestructuradas
Mª Belén Sáinz-Cantero Caparrós 37

Criterios generales de resolución en materia de reclamaciones económicas entre convivientes ampliamente invocados con limitado reconocimiento jurisprudencial
David López Jiménez 53

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VIOLENCIA DE GÉNERO

Constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal. Su redacción no vulnera el derecho a la igualdad contenido en el artículo 14 de la CE ni supone una discriminación por razón de sexo. La diferenciación es razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el ámbito de la pareja en el que están insuficientemente protegidas.
Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia de 14 de mayo de 2008. 87

GUARDA Y CUSTODIA

No causa ningún perjuicio a la hija ni contribuye a su desestabilización tanto a nivel social como afectivo la ejecución de la sentencia que acordaba el cambio de custodia, aunque ésta se encuentre pendiente de un recurso. Si la menor tiene cinco o seis años es dudoso que pueda ser considerada como persona con el suficiente criterio para ser oída.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 22/2008, de 31 de enero. 115

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se desestima el recurso de amparo interpuesto por la Junta de Andalucía contra la resolución que le condenó a abonar una indemnización de 1.703.600 euros por la ejecución imposible de una sentencia que acordó que los menores declarados en desamparo quedaran bajo la custodia de la madre, al entender el Tribunal Constitucional que la jurisdicción civil era adecuada para su fijación y que los criterios que se siguieron para fijar la cuantía no eran arbitrarios ni irracionales.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 11/2008, de 21 de enero. **126**

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Se estima el recurso de revisión y se rescinde la sentencia dictada por el Juzgado que desestimó la impugnación de paternidad al haberse practicado con posterioridad la prueba biológica que descarta que el actor sea el padre del menor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2007. **133**

CONVENIO REGULADOR

Desestimada la acción interpuesta por el ex esposo a fin de que la ex esposa cumpla la obligación que asumió en el convenio regulador cuando aceptó la donación del esposo y que consistía en transmitir a título gratuito la vivienda familiar a favor de las hijas menores si dejaban de habitarla, ya que realmente en el convenio no hubo una donación sino una permuta con bienes de la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2007. **135**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aunque mediante la prueba testifical se haya acreditado que el ex esposo compró el cuadro cuya propiedad se discute, ello no quiere decir que no fuera ganancial, ya que no basta con la prueba indiciaria para destruir la presunción de ganancialidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2007. **138**

Cuando se trata del ejercicio de acciones reales contradictorias o limitativas del dominio de los bienes gananciales, se hace necesario que aquel que se crea asistido de alguna de dichas acciones la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que el ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2007. **143**

Acto de disposición de bien ganancial sin consentimiento *uxoris*. Es anulable, no nulo; sólo está legitimado activamente el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido; plazo de caducidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007. **146**

Desestimada la solicitud de indemnización de daños y perjuicios efectuada por el ex esposo contra la ex esposa por no haber podido hacer uso de los inmuebles que se atribuyó en la liquidación de la sociedad de gananciales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007. **148**

Inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales al acreedor existente en el momento del otorgamiento, aunque aún no se hubiese dictado sentencia firme en el procedimiento que aquél interpuso contra el esposo. Como el acreedor pidió la inoponibilidad de las capitulaciones y no su nulidad, ni su rescisión por fraude, no concurre la excepción de prescripción.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2007. **150**

La deuda contraída por un cónyuge en el ejercicio del comercio al que se dedica con conocimiento y sin oposición de su consorte, tiene carácter ganancial y por tanto de ésta misma deben responder los bienes gananciales, aunque se hayan atribuido a la esposa con ocasión de la liquidación de la sociedad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2007. **153**

Desestimación de la acción de anulabilidad de la venta de un bien ganancial interpuesta por la esposa al haber transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2007. **156**

SUCESIONES

La donación de inmuebles ha de formalizarse en escritura pública como requisito *ad solemnitatem* y, por tanto, la donación que aparentemente se efectuó en un documento privado carece de toda validez, no pudiendo obligarse a los herederos a transmitir la finca objeto de aquélla.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2007. **159**

Los hechos probados revelan la absoluta falta de voluntad de la enferma anciana para tomar decisiones de cualquier clase, tanto en el orden personal, como familiar o social, y nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos en un momento de su vida indudablemente confuso y penoso. Por tanto, procede declarar la nulidad del testamento otorgado por ella ante Notario.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2007. **162**

PENAL

La Jurisprudencia de esta Sala, para la validez de la declaración de la víctima, ha exigido –sin ánimo exclusivo ni excluyente– requisitos tales como: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, con exclusión esencialmente de todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza; b) verosimilitud, en cuanto que todas las corroboraciones periféricas abonen por la realidad del hecho, y c) persistencia y firmeza del testimonio. Análisis del maltrato habitual y no habitual.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2007. **169**

Se absuelve a la esposa, casada en régimen de separación de bienes, del delito de apropiación indebida por la que venía acusada por llevarse una parte del mobiliario ya que no hubo ánimo apropiatorio.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007. **174**

Se dan los presupuestos integrantes del delito de quebrantamiento aunque la víctima hubiese perdonado al esposo y ambos hubiesen reanudado, de común acuerdo, la convivencia, ya que una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aun contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007. **176**

OTRAS CUESTIONES

El Tribunal Supremo autoriza por primera vez el cambio de nombre y de sexo en el Registro Civil a un transexual no intervenido quirúrgicamente que llevaba reclamando ese derecho desde 2001. La Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en vigor desde marzo de 2007, ya reconoce este derecho, pero la solicitante ha sido la primera persona en beneficiarse de esta ley con carácter retroactivo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2007. **179**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Los motivos religiosos pueden constituir una causa de oposición moral o ética a la disolución del matrimonio, pero no se constituyen en nuestro derecho como causa de oposición legal al divorcio.
AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2007. **189**

Como con anterioridad a contraer el matrimonio conocía la condición de transexualidad de su cónyuge, se desestima la demanda de nulidad matrimonial.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2007. **189**

PATRIA POTESTAD

No se accede a la petición de recuperación de la patria potestad por el impacto emocional y psicológico que pudiera conllevar para el menor, sobre todo porque en atención a las actuales circunstancias y a su grado de madurez, no existe certeza alguna de las repercusiones colaterales que esa nueva situación le pudiera ocasionar.
AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2007. **191**

Se inadmite la demanda de ejecución de sentencia en la que el padre solicitaba que se requiriese a la madre para que de forma inmediata modifique el régimen de internado de los menores en el colegio pasando a régimen externo, habida cuenta que, respecto a esta cuestión, nada se indicaba en la sentencia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 12 de diciembre de 2007. **192**

Suspensión de la patria potestad tanto a la madre –presunta autora de las agresiones a su hijo menor de edad– como al padre, ya que si bien éste no ha participado en concepto de autor, tuvo conocimiento de las lesiones sin hacer nada para evitarlas.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 19 de diciembre de 2007. **193**

GUARDA Y CUSTODIA

La necesidad de abandonar diariamente el domicilio para trabajar, o el cambio de la persona que debe colaborar con el servicio doméstico y la atención de los hijos, no son motivos de peso para declarar la no idoneidad de la madre para el ejercicio de la custodia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2007. **194**

Se acuerda atribuir la custodia del hijo, cercano a la mayoría de edad, al padre, toda vez que la voluntad del hijo razonada, y no como expresión de un mero querer frío y abstracto, tiene su trascendencia, ya que enlaza con el interés, con el *favor filii,* al expresar unos sentimientos, que han de ser atendidos por su relevancia.
AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2007. **195**

Debido a la ampliación de su horario laboral y a que tiene que desplazarse a otra ciudad, sale de su domicilio a las 8 de la mañana y no regresa hasta las 21 horas por lo que la menor tiene que pernoctar durante algunos días laborables con el padre y los abuelos paternos, pero ello no justifica el cambio de custodia, ya que dándose las mismas circunstancias el padre aceptó que la custodia se otorgase a la madre.
AP Ourense, Sentencia de 11 de octubre de 2007. **195**

Aunque inicialmente la hija mostró su preferencia en vivir con el padre y en base a ello el Juez le atribuyó la custodia, sucede que con posterioridad la propia hija acudió al Juzgado para expresar su deseo de convivir con su madre, deseo que ha reiterado ante la Audiencia en la exploración correspondiente, por lo que debe ser estimado el recurso y atribuir a la madre la custodia de la menor.
AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2007. **196**

Siguiendo una línea jurisprudencial tan extendida en el ámbito del derecho de familia que excusa de concretas citas, se ha de atender siempre al interés del menor, de suerte que la estabilidad mantenida por éste en compañía de su progenitor masculino desde el año 2005 no conviene alterarla ahora con una modificación de la guarda y custodia, especialmente cuando tal alteración supondría, no sólo un cambio de domicilio, como podría acontecer de residir ambos progenitores en la misma ciudad, sino un cambio de país, de cultura, de lengua, de colegio, de amigos, etcétera.
AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2007. **197**

No se acuerda la custodia compartida al ser clara la opinión de las hijas de 13 años y 8 años de continuar conviviendo con la madre.
AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 2007. **197**

Aunque el juzgado otorgó la custodia de los hijos al padre en base a la situación psicológica por la que atravesaba la madre, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y atribuye la custodia a la madre, al entender que la hija menor está más vinculada a la madre y que no es conveniente separar a las hermanas.
AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2007. **198**

Que haya tenido un accidente de circulación no es prueba del comportamiento que se imputa a la esposa pero es que además tal como resulta de los términos del propio escrito de demanda tal conducta ya era conocida por el recurrente desde tiempo antes y no consideró que la madre no fuese idónea para hacerse cargo de la guarda de los menores.
AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2007. **199**

Cambio de custodia a favor del padre al acreditarse mediante la prueba pericial que la madre no está en condiciones de proporcionar a los menores un buen marco social, emocional y educacional y que los niños presentaban Síndrome de Alienación Parental.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2007. **200**

Se suspende el ejercicio de la patria potestad a ambos padres y se otorga la guarda y custodia de la menor a los tíos paternos al seguirse unas diligencias penales contra los padres por la participación de la menor en grabaciones de los vídeos con contenido erótico, desestimándose la petición de la comunicación telefónica entre la menor y su madre.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2007. **202**

El cambio de residencia operado al trasladarse los niños junto a su madre desde El Tiemblo, lugar en que estaban escolarizados y hacían vida en todos los ámbitos, hasta el Puerto de Santa María, no supone una ruptura intolerable y necesariamente lesiva de sus intereses, ya que basta recordar que los menores tienen sus raíces familiares en aquel entorno al que se desplazaban en los períodos vacacionales.
AP Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2007. **203**

RÉGIMEN DE VISITAS

Desde que se dictó la sentencia de separación, la madre no ha ejercido el derecho de visitas acordado de forma efectiva, y salvo llamadas telefónicas y contactos puntuales apenas ha tenido relación con el menor, por lo que procede la supresión de dicho régimen.
AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2007. **204**

De manera loable la sentencia del juzgado hace una triple distinción por edades, de tal forma que en función de los dos años, tres años y cinco años procura que la comunicación sea más prolongada en el tiempo, intentando la proporcionalidad en las fechas que el padre, como no custodio, podrá visitar al hijo.
AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2007. **205**

La precipitada imposición de un régimen de visitas resultaría contraproducente, al suponer un desestabilizante factor de quiebra del habitual entorno socio familiar de las niñas, las cuales se verían obligadas a permanecer con una persona que, al fin y al cabo, resulta una extraña en sus vidas, y a la que en ningún caso identifican con la figura paterna, dado que el padre jamás ha exteriorizado su deseo de obtener una aproximación paulatina a sus hijas.
AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2007. **205**

Los sufrimientos de las hijas no son consecuencia de esa leve ampliación del régimen de visitas (pernocta de un día en semana), ya que el problema no son las visitas sino el comportamiento de los padres, fundamentalmente de la madre, que les hacen vivir dramáticamente el problema de la ruptura y culpabilizar a la nueva pareja del marido. Como la situación de las menores es preocupante, se acuerda un seguimiento de la situación con revisión dentro de un año para

adoptar las medidas necesarias a fín de evitar los perjuicios de las menores, incluido, si fuera preciso, el cambio de custodia.
AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2007. **206**

Se entiende procedente fijar el régimen de visitas normalizado con pernocta desde los 2 años de edad no existiendo razón alguna para posponer dicho régimen estándar hasta que la menor cumpla los 3 años de edad.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2007. **207**

No existe ningún obstáculo para la pernocta en el domicilio paterno de un niño que en la actualidad tiene 20 meses de edad, sin que sea motivo para excluirla que el menor padezca asma, ya que no es un padecimiento que requiera de unas atenciones o cuidados que por su especificidad o complejidad sólo pueda dispensarlos la madre y no así el padre.
AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2007. **208**

VIVIENDA FAMILIAR

La existencia de dos plazas de garaje en un edificio muy próximo a la vivienda familiar y la necesidad de su uso por la madre, cuyo lugar de trabajo requiere un desplazamiento diario, permite la atribución del uso de una de las plazas de aparcamiento, aunque sean propiedad privativa del esposo.
AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2007. **208**

En casos como el presente en el que la vivienda es ocupada por varias personas, pero todas ellas constituyen una unidad familiar con el mismo interés que el demandado en la defensa de la posesión de hecho debatida, y que las acciones y defensas a esgrimir por todos ellos son las mismas, no concurre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no apreciarse la existencia de indefensión para aquéllos.
AP Almería, Sec. 3.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2007. **209**

No existen motivos para condicionar el uso de la vivienda familiar a que la ex esposa no contraiga matrimonio o relación análoga dado que tal pronunciamiento conllevaría una injerencia inadmisible en la vida privada del progenitor.
AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2007. **210**

Aunque en el convenio regulador la ex esposa se avino a compartir la vivienda de su propiedad con el ex esposo, hay que entender que la relación existente entre ambos permitía aquella convivencia, extremos que, sin embargo, no parece concurran en la actualidad ya que se producen constantes discrepancias en orden al disfrute de las distintas dependencias de la casa y el abono de los gastos que se ocasionan por el uso, por lo que procede atribuir el uso en exclusiva a la ex esposa.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2007. **211**

PENSIÓN ALIMENTICIA

«El rehacer la vida y encontrar nueva pareja no constituye ningún suceso imprevisible» y tal «aumento de los gastos que tal situación supone debe ser prevista, y si se asume el tener un nuevo hijo

se debe ser consciente de las cargas anteriores». A mayor abundamiento, no consta en qué medida reducirá los ingresos del apelante, semejantes a tres veces el salario mínimo interprofesional.
AP Zamora, Sentencia de 3 de octubre de 2007. **212**

La hija es mayor de edad, cuenta actualmente con 24 años, ha concluido sus estudios y trabaja en el asador de pollos de su abuela cinco días a la semana, de 10 a 16 horas, y percibiendo ingresos, según se dice de 20 euros al día, por lo que, dentro del procedimiento matrimonial debe declararse extinguida la pensión alimenticia.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2007. **213**

No podemos considerar como gastos extraordinarios las partidas que se reclaman por viaje de fin de estudios y carné de conducir, pues ni cabe darles tal calificación ni resultaban absolutamente necesarios, ni contaban, o al menos ello no se ha acreditado, con el consentimiento previo del padre, que no cabe confundir con el conocimiento que de las actividades realizadas haya podido tomar éste.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de octubre de 2007. **213**

Es pacífico que la menor tiene diagnosticado un trastorno generalizado del desarrollo de tipo autista y, por tanto, la escolarización de la menor en un centro especial conlleva unos gastos que implican una alteración sustancial de circunstancias.
AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2007. **214**

El desembolso efectuado por la ejecutante en concepto de calzado ortopédico para el hijo ha de incluirse dentro de los gastos extraordinarios que debe sufragar el progenitor no custodio.
AP Almería, Sec. 3.ª, Auto de 15 de noviembre de 2007. **215**

El nacimiento de una nueva hija constituye un hecho relevante que afecta a la capacidad económica del padre, de suerte que, de mantenerse la cuantía de la pensión de alimentos establecida para los dos hijos nacidos de su anterior matrimonio, no podrá atender de igual modo los derechos de la nueva hija.
AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 2007. **216**

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se fija pensión compensatoria a favor de la esposa teniendo en cuenta la dedicación que tendrá que prestar al hijo que presenta una minusvalía del 100%, lo que le impedirá el acceso al mundo laboral, ya que de producirse éste iría en detrimento de los cuidados que la madre presta al hijo común.
AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2007. **217**

Las partes habían cesado en su convivencia conyugal desde hacía cuatro años antes de la presentación a la demanda, sin que durante todo ese tiempo la esposa reclamara pensión compensatoria, o estuviera imposibilitada para hacerlo, porque lo cierto es que ninguna prueba hay de que los trastornos de ansiedad que padece lo fueran de una intensidad tal que la incapacitaran para realizar la solicitud que ahora hace.
AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2007. **217**

Aunque la petición de pensión compensatoria se hizo en las medidas provisionales y en el auto resolutorio se dejó esa cuestión pendiente para la sentencia definitiva, debe resolverse la petición en la sentencia definitiva aunque no se formulase reconvención expresa.
AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2007. **218**

El incremento de valor en el inmueble no es un hecho que pueda incardinarse en el concepto de alteración «sustancial» de las circunstancias que se tuvieron en cuenta, pues el bien ya se detentaba con anterioridad al establecimiento de la pensión compensatoria y fue tenido en cuenta para fijar su procedencia y cuantía.
AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2007. **218**

En cuanto a la convivencia *more uxorio* de la apelante con un tercero en el domicilio de éste, ha de entenderse que tal circunstancia se ha probado fehacientemente. Así lo declara el hijo de ambos cónyuges, cuyo testimonio no puede descartarse debido a un móvil vindicativo que no aparece justificado. Dicha convivencia la pone de relieve el informe de detectives, aun cuando se trate de un seguimiento de cinco días.
AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2007. **219**

Durante la separación de hecho el esposo abonó íntegramente la cuota hipotecaria del piso que constituye el hogar conyugal y es utilizado por la esposa, por consiguiente no puede decirse que hubo una independencia económica entre los cónyuges, estando totalmente justificada la fijación de una pensión compensatoria.
AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007. **220**

CONVENIO REGULADOR

El contexto en el que está expresado el término ropa en el convenio regulador, dentro de los gastos extraordinarios, permite concretarlo a los supuestos difícilmente previsibles y de naturaleza excepcional, lo que excluye las ropas de uso ordinario y los limita a ropas de equipamientos fuera de lo común (por ejemplo, comuniones).
AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2007. **221**

Estimación de la demanda de modificación de medidas al haber firmado posteriormente los cónyuges un convenio extrajudicial que reúne todos los requisitos para su validez, debiendo rechazarse la peregrina alegación de la demandada de que fue engañada, ya que dicha pretensión habría de instarse en el cauce procesal oportuno conforme a las prescripciones emanadas de los artículos 1265 y siguientes del CC.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 11 de diciembre de 2007. **221**

En la cláusula séptima se pactó que la esposa percibiría el 20% de los ingresos anuales del esposo, en concepto de pensión compensatoria, cantidad que se incrementaría hasta un 30% cuando la esposa dejase de percibir la pensión alimenticia de los hijos. No cabe entender se altere la situación fáctica ni económica del esposo por el hecho de asumir la custodia del hijo o abonar al otro la suma necesaria para su manutención.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2007. **222**

CUESTIONES PROCESALES

La denegación en la instancia de determinados medios de prueba, en cuanto decisión judicial hipotéticamente causante de indefensión a quien la propone, no encuentra, en nuestro sistema procesal, el cauce de subsanación postulado por dicha litigante, en los términos genéricos que recoge el artículo 465.3 de la LEC, que, sin embargo, habilita la posibilidad, en el supuesto de

apelarse la resolución recaída en el pleito en que se produzca dicha denegación probatoria, de reproducir la misma pretensión en la segunda instancia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2007. **223**

No procede declarar la nulidad de actuaciones por falta de asistencia letrada, ya que el demandado tuvo conocimiento de la designación de letrado antes de la vista, por lo que debió actuar con la diligencia debida para propiciar el contacto con la letrada designada.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2007. **224**

La guarda y custodia conjunta no fue tema suplicado al órgano judicial de primera instancia, luego no puede ahora solicitarse con ocasión de la interposición de un recurso de apelación.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2007. **225**

Los juzgados y tribunales españoles carecen de competencia internacional para conocer de una demanda de modificación de medidas acordadas en el procedimiento de divorcio seguido en nuestro país cuando la madre y las hijas tienen su residencia en Holanda, al ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento Europeo (CE 2201/2003).
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 15 de octubre de 2007. **225**

Competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio entre un español y una cubana que nunca residieron juntos dándose la circunstancia de que la esposa tiene su domicilio y residencia fija en La Habana.
AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 28 de noviembre de 2007. **227**

El juicio o vista civil a la que se refiere el artículo 49 bis de la LEC es la correspondiente al procedimiento principal, que es el que convoca a las partes a la celebración de vista de conformidad con lo previsto en el artículo 770 de la LEC.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 5 de diciembre de 2007. **228**

Tampoco ha de prosperar la pretensión anulatoria sobre la base de no haberse ofrecido a las partes en la instancia el trámite de conclusiones dado que en la específica regulación del juicio verbal no se contempla de modo expreso dicho trámite.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2007. **229**

Procede imponer las costas al cónyuge que solicita un cambio de custodia y, a la vista del contenido de informe psicosocial, en el acto de la vista solicita una ampliación del régimen de visitas.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2007. **229**

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque en el auto que aprueba la liquidación de gananciales no se contiene pronunciamiento de condena en cuanto a que la esposa abandone el uso del inmueble adjudicado al esposo, teniendo en cuenta que en el procedimiento de separación se otorgó a aquélla el uso hasta que tuviese lugar la liquidación de gananciales, es evidente que por economía procesal, procede acordar el desalojo.
AP Jaén, Sec. 2.ª, Auto de 8 de octubre de 2007. **230**

Es claro que se deduce un ejercicio abusivo del derecho por parte de la ejecutante, que entra de lleno en un intento indebido de enriquecerse de modo injustificado, pues tal pretensión económica de modo alguno puede favorecer a los hijos, que en dicho período tuvieron toda la

prestación material y económica que necesitaron, proveniente del padre que durante el período que se reclama estuvo conviviendo con los hijos y la ejecutante en el domicilio familiar.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 9 de octubre de 2007. **231**

Plantea el ex esposo una petición genérica relativa al reembolso de lo cobrado por la ex esposa indebidamente, tras haber alcanzado los hijos mayoría de edad y haberse mantenido la retención de la nómina. Estamos ante una pretensión sustantiva, autónoma e independiente, con respecto a los pronunciamientos de la sentencia de divorcio y los términos del convenio judicialmente aprobado, que exigen un cauce procesal oportuno y adecuado, independiente de la fase de ejecución.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de octubre de 2007. **232**

La multa de 1.200 euros impuesta a la madre por el incumplimiento del régimen de visitas es excesiva habida cuenta que en el curso de la ejecución de la sentencia no se han vuelto a detectar incumplimientos de esta naturaleza por parte de la ejecutada, por lo que es más conforme a derecho en base al artículo 776.2 de la LEC la imposición de una multa de 500 euros.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de octubre de 2007. **234**

Se declara la prescripción de la pensión del mes de agosto, ya que la inhabilidad de dicho mes sólo se limita a actuaciones procesales, entre las que, obviamente, no se comprenden las de entrada y reparto de asuntos, siendo claro el mandato del artículo 5 del CC que señala que el cómputo de plazos fijados por años, se computarán de fecha a fecha.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 3 de diciembre de 2007. **235**

No cabe considerar como prueba del pago una fotocopia del acta de un juicio de faltas en la que hubo una respuesta genérica de la actora afirmando que percibe las pensiones, lo que no sirve para acreditar que se hayan satisfecho todas las devengadas.
AP Tarragona, Sec. 3.ª, Auto de 3 de diciembre de 2007. **236**

Con buen criterio, observando que la controversia planteada entre las partes era de nimia importancia, pero que debe ser demostrativa de la dificultad que tienen los progenitores para llegar a los necesarios acuerdos para superar sus diferencias y discrepancias, el Juez les remitió al Centro de Mediación Familiar de Catalunya.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 3 de diciembre de 2007. **236**

Aunque la hija pasó el mes de abril en Irlanda siguiendo un curso de inglés cuyo coste y gastos ha abonado el padre, éste debe abonar a la madre los 1.500 euros correspondientes a esa mensualidad, aunque la hija no haya generado gasto alguno en nuestro país, dado que el convenio suscrito libremente por los litigantes no prevé la exclusión del pago de ninguna mensualidad.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 12 de diciembre de 2007. **237**

REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

Con independencia del carácter, privativo o ganancial, del dinero invertido en la compra del inmueble cuya naturaleza se debate, es lo cierto que en la escritura notarial al efecto otorgada, y en la que intervino como compradora la esposa, se hace constar por ella, sin salvedad o matización de clase alguna, que «la compra y adquiere con carácter ganancial». Y en cuanto dicho bien ha ostentado pacíficamente la referida condición enteramente ganancial durante

la vigencia del matrimonio, no puede ahora, por el solo hecho de la crisis conyugal, quedar alterada su naturaleza, a través de una distribución porcentual anteriormente inexistente, según la misma voluntad manifestada en documento público de quien ahora pretende ignorar la trascendencia jurídica de lo entonces libremente asumido.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2007. **238**

Se acuerda la división de la cosa común en régimen de propiedad horizontal como lo permite el artículo 401 del CC, en relación a lo dispuesto en el artículo 396 del mismo Código, atendiendo a las características de dicha finca, vivienda y parcela, dado que no hay que realizar importantes y sustanciales obras para dividirlas en dos grupos de habitaciones autónomos e independientes.
AP Jaén, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2007. **239**

No procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales un crédito contra la esposa por el importe de las mejoras realizadas en una vivienda propiedad de sus padres por el coste de los materiales empleados en dicha obra satisfechos con dinero ganancial de los esposos como del trabajo personal efectuado por el esposo para llevar a cabo las mejoras, ya que en caso de existir un crédito lo sería frente a la madre de la esposa y la comunidad de herederos.
AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2007. **240**

Absoluta imposibilidad de considerar como bien ganancial un inmueble que consta registralmente inscrito a favor de terceros. El incidente de formación de inventario no es la sede adecuada para declarar la ineficacia de un título inscrito.
AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 2 de noviembre de 2007. **242**

Carácter privativo de la indemnización percibida por un cónyuge constante la sociedad de gananciales sin que pueda transformarse en ganancial por el hecho de haber sido ingresada en una cuenta común.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 6 de noviembre de 2007. **242**

No se concede validez al convenio suscrito en su día entre los litigantes no homologado judicialmente por el que pactan la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales, dado que para la disolución era necesario que se hubiese otorgado una escritura pública, desestimándose en consecuencia la demanda en la que se solicita que se eleve a público aquel documento.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2007. **244**

Se admite la petición de diligencias preliminares entre los cónyuges en relación con la liquidación de gananciales, si bien es preciso que se concrete qué clase de procedimiento se va a interponer.
AP Jaén, Sec. 2.ª, Auto de 27 de noviembre de 2007. **245**

Como la vivienda es de VPO, al ejercitarse la acción de división de cosa común, se acuerda la venta en pública subasta, no pudiendo rebasarse en la misma el precio máximo de venta establecido en la ley, debiendo reunir quien participe en la subasta los requisitos para ser adjudicatario de una vivienda de VPO. La celebración de la subasta se notificará a la Administración que tiene derecho de tanteo y retracto.
AP Barcelona, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2007. **247**

Validez del documento privado suscrito por los cónyuges liquidando la sociedad de gananciales aún cuando el mismo no se ratificase a presencia judicial, debiendo en consecuencia darse por finalizado el procedimiento de liquidación iniciado a instancia del esposo.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2007. **250**

Carácter ganancial del inmueble adquirido constante el matrimonio y que antes se ocupaba en régimen de arrendamiento al no ser de aplicación el apartado cuarto del artículo 1346 del Código Civil, dado que no estamos ante un supuesto de adquisición preferente.
AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2007. **251**

La acción de nulidad sólo dura cuatro años, plazo considerado de caducidad en recientes Sentencias del Tribunal Supremo como las de 20 de septiembre de 2007 y 5 de octubre de 2007, por lo que procede la desestimación de la demanda en la que se solicitaba la nulidad de la liquidación que se realizó en el convenio regulador.
AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2007. **252**

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Si inadmite la solicitud de adopción al no existir propuesta previa de la entidad pública, no pudiendo prescindirse de ésta por el hecho de que la menor hubiese sido adoptada previamente en Guatemala.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 9 de octubre de 2007. **253**

Junto a la situación de desamparo está la situación de guarda a instancia de los padres o tutores «cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor», que son aquellas situaciones en las que no se aprecia una voluntad de abandono en los padres o tutores, ni aun la mera desidia o desatención, sino una imposibilidad de atención al menor unida a una voluntad constatada en los padres o tutores de cumplir sus deberes legales de protección, pero que por circunstancias graves que concurran no pueden cumplirse adecuadamente. Y, en tales casos, a la entidad pública no se le otorga facultad alguna para asumir la tutela por ministerio de la ley, sino que únicamente se le faculta para poder asumir su guarda durante el tiempo necesario, a solicitud de los padres o tutores.
AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2007. **254**

Se considera a los padres incursos en causa de privación de la patria potestad cuando dejaron a la hija recién nacida a cargo de las instituciones y tardaron nueve meses en interesarse por ella. El momento al que hay que referirse si los padres biológicos están o no incursos en causa legal de privación de la patria potestad es aquel en el que se decreta el desamparo, perdiendo a partir de entonces interés el cambio circunstancial que éstos puedan invocar.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007. **258**

FILIACIÓN

La prueba testifical ofrece información lo suficientemente razonable como para presumir que don Agustín pudo tener una relación íntima con doña Andrea a finales de agosto primeros de septiembre de 1989 fruto de la cual nació un niño. Con estos antecedentes se solicita la práctica de la prueba biológica que se acuerda por el Tribunal tanto en la primera instancia como en la presente alzada y don Agustín se niega a su práctica en ambas ocasiones.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007. **259**

Ineficacia del reconocimiento de paternidad que hizo el actual compañero sentimental de la madre cuando ésta fue emplazada para contestar a la demanda que interpuso el padre biológico reclamando la paternidad.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2007. **262**

UNIONES DE HECHO

La sentencia de instancia, reconociendo que existió una convivencia *more uxorio*, aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto, atribuyendo a la demandante la mitad de las fincas litigiosas, que constaban adquiridas durante la convivencia pero que habían sido inscritas a nombre del compañero sentimental, debiendo tenerse en cuenta que la convivencia duró más de cincuenta años aunque no existió descendencia.
AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2007. **263**

Incompetencia de los Juzgados de Familia para conocer de la petición de pensión compensatoria tras el cese de convivencia de una pareja de hecho.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2007. **265**

OTRAS CUESTIONES

Se declara la responsabilidad de un letrado que no asistió al juicio de divorcio y que no siguió las indicaciones de la cliente sobre no apelar, imponiéndose las costas en esa alzada al basarse el recurso en argumentos «inconsistentes y carentes de rigor». La cuantía de la indemnización se cifra en 21.900,50 euros que deberá abonarse de forma solidaria por éste y su aseguradora.
AP Cantabria, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2007. **266**

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

PATRIA POTESTAD

La madre solicitó la privación de la patria potestad o en su caso la supresión de las visitas, pero el Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda y acordando de oficio que el menor abandonase de inmediato el tratamiento psicológico que estaba recibiendo y mandó a los progenitores a terapia familiar, emplazándoles para final de año con la finalidad de evaluar la evolución del proceso de normalización.
Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 17 de marzo de 2008. **268**

GUARDA Y CUSTODIA

Dado el trastorno de conducta y asocialidad del hijo se acuerda atribuir la custodia a un Centro de menores, donde podrá ser visitado por la madre exclusivamente, suspendiéndose las visitas con el padre hasta que el menor supere la aversión a la figura materna que ha sido inculcada por aquél.
Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 16 de abril de 2008. **270**

RÉGIMEN DE VISITAS

Problemática en el cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia que declara la paternidad biológica de un menor con la oposición de la madre.
Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Córdoba, Auto de 23 de abril de 2008. **271**

Aunque no se ha acreditado la realidad de los abusos, para evitar perjuicios al menor, se acuerda un régimen de visitas con determinadas cautelas.
Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Auto de 4 de marzo de 2008. **273**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Con carácter general, para determinar el haber hereditario es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales. No obstante, cuando concurren todos los herederos del causante a dar cumplimiento a una disposición testamentaria, no resulta necesaria la previa liquidación.
Resolución de 19 de noviembre de 2007. **277**

Procedencia de la inscripción de la escritura de compraventa y de hipoteca sin que sea necesario que las capitulaciones otorgadas por los compradores (chileno y argentina) ante notario español deban constar inscritas en el Registro Civil.
Resolución de 9 de enero de 2008. **278**

Se deniega la anotación preventiva de embargo respecto a una vivienda que aparece inscrita a favor de unos cónyuges de nacionalidad británica sin determinación de cuotas y con sujeción a su régimen económico-matrimonial al no haberse demandado también a la esposa.
Resolución de 22 de enero de 2008. **280**

VIVIENDA FAMILIAR

Se deniega la inscripción de la sentencia que atribuía el uso de la vivienda familiar al aparecer el inmueble inscrito a nombre de una tercera persona.
Resolución de 18 de enero de 2008. **281**

SUCESIONES

Acreditado en el título sucesorio que la sustituta hereditaria es descendiente del sustituido y como tal llamada a la herencia de la causante, no es necesario acreditar el hecho –negativo– de la inexistencia de otros sustitutos.
Resolución de 31 de enero de 2008. **281**

SECCIÓN PRÁCTICA

¿Puede renunciarse al ejercicio de la acción de rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales? 285

Casos prácticos. 288

TRIBUNA ABIERTA

Consideraciones jurídicas sobre la compensacion economica establecida en el artículo 1438 del Código Civil.
Juan José Reyes Gallur 297

Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges)
Aurelia María Romero Coloma 305

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Datos de interés. 319

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad. 325

Guarda y custodia. 325

Régimen de visitas. 327

Vivienda y ajuar familiar. 328

Pensión alimenticia. 329

Pensión compensatoria. 329

Cuestiones procesales. 330

Convenio regulador. 331

Ejecución de sentencias. 332

Regímenes económico-matrimoniales. 333

Procedimientos de menores. 334

Filiación. 334

Uniones de hecho. 335

Eficacia civil de resoluciones canónicas. 335

Cuestiones penales. 335

Cuestiones registrales. 336

Sucesiones. 336

Otras cuestiones. 337

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

EN DEFENSA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN VIOLENCIA DE GÉNERO

BORJA JIMÉNEZ MUÑOZ

Fiscal Delegado de Violencia sobre la Mujer en Córdoba

RESUMEN

El autor pretende abrir un debate jurídico sobre la necesidad de permitir las técnicas de mediación familiar en el ámbito del juzgado de violencia sobre la mujer. En tal sentido, realiza una reflexión distinguiendo entre tipos delictivos, para desmenuzar cada situación y valorar en abstracto el eventual desequilibrio entre partes. No obstante, reconoce que esto es un primer apunte y no puede olvidarse la dimensión madura de la víctima y su autonomía de la voluntad, por lo que, quizá más adelante, habría que hacer girar la mediación, existiendo violencia de género, en el efectivo estudio de la concreta situación de desequilibrio que pueda sufrir cada víctima, independientemente del delito imputado al agresor.

ABSTRACT

The author pretends to open a juridical debate about the necessity of allowing the techniques of family mediation in the scope of the tribunal of violence on the woman. In such a sense, he carries out a reflection distinguishing among criminal types, to examine in detail each situation and to value in abstract the eventual unbalance among parts. Nevertheless, he recognizes that this is a first note and cannot be forgotten the mature dimension of the victim and her autonomy of the will, for that, maybe later on, it would be necessary to make turn the mediation, existing gender-based violence, in the effective study of the concrete unbalance situation that each victim can suffer, independently of the crime imputed to the aggressor.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Un breve apunte sobre la mediación familiar

I.2. La mediación familiar ante los juzgados de violencia sobre la mujer

A) Razones para admitir la mediación familiar en los juzgados de violencia sobre la mujer. B) Ámbito objetivo de la mediación familiar en los juzgados de violencia. C) Momento procesal.

a) Mediación familiar previa al proceso civil existiendo proceso penal en el juzgado de violencia sobre la mujer. b) Mediación familiar durante el proceso civil, existiendo proceso penal. c) Mediación posterior al proceso civil.

I.3. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La violencia contra la mujer envilece a la sociedad y, a la vez, la deja inerme frente a más y más muertes en una espiral sin sentido, de modo que la repugnancia ante lo que sucede nos despierta cada día.

El maltrato sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas despierta las conciencias adormecidas, como no podía ser menos, y muchos estudios tratan de explicar el porqué de esta terrible realidad[1]. Se alude a las consecuencias de una sociedad patriarcal que ha despreciado a la mujer, también al *shock* que para muchos varones supone el hecho de que su pareja se emancipe de su dominio y decida por sí misma, o se incide en el ambiente de una sociedad en el que la violencia se banaliza...

Ante esto, los poderes públicos en un período concretado entre 1989 y 2004 han tomado conciencia de la realidad, de forma mucho más rápida que con otros delitos, y han intentado tomar la delantera a los hombres que agreden, lesionan y matan a sus parejas mediante sucesivas reformas legislativas, destacando sobre todas ellas la conocida Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia Sobre las Mujeres, presentada como definitiva apuesta en la lucha integral contra el maltrato por contener medidas penales, civiles, procesales, asistenciales, sanitarias, educacionales, etc. De este modo en materia penal y procesal

1. *Vid.*, entre otros, Genovés García, Aurora, *La violencia de género mata*, Instituto Andaluz de la Mujer, 2007.

(a las que la ley dedica los Títulos IV y V y Disposiciones Adicionales), esta ley, junto a la reforma del Código Penal realizada por la Ley 11/2003, supone una de las más importantes modificaciones de nuestra legislación penal en orden a la erradicación de un concreto fenómeno delictivo.

Pero, ¿es la Ley 1/2004 la solución definitiva para disminuir la violencia contra las mujeres? Sin duda, no. Los datos hablan por sí solos. El Instituto de la Mujer señala que en 2005 murieron 58 mujeres a manos de sus parejas o ex parejas, 68 en 2006 y 71 en 2007, ello por no hacer referencia a lo que está sucediendo en este año cuando la realidad supera con creces las peores expectativas, por lo que puede afirmarse sin prevenciones que la violencia contra las mujeres se recrudece. No obstante, no sería justo valorar la ley, y las precedentes, sólo en su finalidad preventiva, a la que la crudeza de la realidad deja en evidencia, sino en su aspecto cualitativo, pudiendo afirmarse que hoy la calidad de la prevención y atención a las mujeres víctimas del maltrato es muy superior gracias a ella y se extiende a vertientes como la sanitaria, la social en cualquiera de las administraciones implicadas o la policial, y, por supuesto, en la prevención y persecución de los delitos.

Sin embargo, en el ámbito judicial, se percibe una esclerosis de respuesta una vez desplegados todos los propósitos de la ley, puesto que una vez que constan los delitos, la creación de los juzgados de violencia sobre la mujer, las órdenes de protección, la novedad de la acumulación de competencias penales y civiles en estos juzgados, y todo ello insertado en la práctica procesal de los llamados juicios rápidos previstos en los artículos 800 y siguientes de la LECr la incidencia delictiva en vez de disminuir parece empeñada en llevar al fracaso cualquier idea de prevención y represión de los delitos cometidos contra las mujeres por parte de sus parejas o ex parejas.

Ante ello, la dificultad de encontrar una solución que acabe con las muertes debe afrontarse, a mi juicio, desde la periferia del problema, ya que los intentos frontales de acabar con él (léase represión penal) no son capaces. De este modo, es preciso profundizar en aspectos civiles o psicológicos para incidir en las conductas de los que maltratan en aras a posibilitar que en ocasiones la salida del conflicto familiar no sea la agresión. O al menos intentarlo.

Dos soluciones se vislumbran, conscientes de su limitada eficacia: establecer mecanismos de rehabilitación de los maltratadores, que no es objeto del presente artículo, y arbitrar fórmulas que permitan introducir las técnicas de la mediación familiar en el ámbito de los juzgados de violencia sobre la mujer, a lo que debo dedicarme a continuación.

I.1. Un breve apunte sobre la mediación familiar

Lo que ha de exponerse debe enmarcarse en dos ideas. Una, que el desarrollo de la mediación familiar en los procesos de ruptura de la pareja residenciables en los juzgados de familia va tomando forma y velocidad en nuestro ordenamiento jurídico, al hilo de lo que ocurre en países de nuestro entorno, con importantes leyes autonómicas que regulan la institución, aunque no haya aún ley estatal, y dos, que mediando comisión de un delito de violencia sobre la mujer, parece que el impulso mediador se frena en seco.

La mediación familiar, como forma pacífica de resolución de conflictos familiares, supone la posibilidad de que dos partes en controversia, la pareja, puedan solucionar sus problemas negociando ante un tercero imparcial, el mediador, que aun careciendo de poder de decisión debe facilitar la búsqueda de soluciones[2].

Dicha mediación puede introducirse en tres momentos: bien antes del proceso judicial de separación, cuando las partes tienen la voluntad de disolver la unión, bien durante la tramitación del proceso (como consecuencia de una decisión de la pareja, de sus abogados, o a instancias del juez) o, por último, después de la separación o divorcio, cuando surgen en la ejecución incidencias que en vez de resolverlos la decisión judicial, las partes voluntariamente deciden afrontarlas por sí mismas. Así lo entiende la doctrina y sobre esas ideas se ha desarrollado un fenómeno que nació en Estados Unidos en los años 70 y se desarrolló de manera importante en países como Argentina o Canadá, Inglaterra y Francia, en el ámbito de la Unión Europea, y en nuestro país, en Comunidades Autónomas como Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, etc., en un período comprendido hasta ahora entre 2001 y 2006[3].

La mediación pivota sobre varios elementos indispensables, como son el carácter voluntario de la empresa, la confidencialidad y la neutralidad el mediador y, sobre todo, la importancia de su cualificación que le determinará, no a defender ni representar intereses de una de las partes, sino a funcionar intentando mantener o restablecer, en su caso, el equilibrio entre las partes, para que sean ellas las que consigan un acuerdo que posteriormente pueda presentarse ante el juzgado de familia.

No es pretensión de este artículo reiterar los elementos de la mediación, en lo relativo a las etapas del proceso y a la traslación de lo acordado al convenio que aprobará el juez, sino, fundamentalmente, tratar de vislumbrar la compatibilidad de la acción de mediar, entendida como la intervención neutral de un tercero que pretende ayudar a las partes a lograr un acuerdo viable[4], con la existencia o posibilidad de un proceso penal pendiente en un juzgado de violencia sobre la mujer, que ostenta, de conformidad con el artículo 49 ter de la LOPJ, competencias para el conocimiento de los procedimientos de separación, divorcio o medidas a favor de hijos, de quienes aparecen imputados y víctimas en un proceso penal por la comisión de esta clase de infracciones penales.

I.2. La mediación familiar ante los juzgados de violencia sobre la mujer

Hay que partir de una realidad que da sentido a este artículo: el rechazo frontal a admitir la mediación en materia de violencia sobre la mujer es innegable, y dio lugar a que en el ar-

2. *Vid.* Piqué Abogados en «Mediación familiar: un recurso para la resolución de conflictos familiares», *Economist & Jurist,* noviembre/diciembre, 1997, pp. 32 y ss.

3. Numerosos autores analizan la evolución legislativa nacional e internacional. Por ejemplo, María Teresa Pérez Jiménez, en «La mediación familiar: perspectiva contractual», en *Aranzadi civil,* núm. 22/2006.

4. *Vid.* García Piqué, Margarita, «Evolución y expansión de la mediación familiar en España», *Boletín de derecho de Familia*, núms. 48 y 49, julio/septiembre 2005.

tículo 44.5 de la LO 1/2004, que introdujo el 87 ter de la LOPJ, se prohibiera expresamente, con la fórmula «en todos estos casos está vedada la mediación» pareciendo incluir tanto la mediación penal como la familiar, al contener el citado precepto la distribución de todas las competencias que corresponden a los Juzgados de Violencia, y sin que en la Exposición de Motivos de la norma se desarrolle ninguna explicación de las razones de la prohibición.

El rechazo a admitir la mediación familiar en los supuestos de violencia de género radica en el argumento de que, mediando este delito, no existe el equilibrio indispensable entre las partes de la negociación que permita alcanzar un acuerdo y asumir compromisos[5]. Uno de ellos, el agresor, ostenta una posición de dominación sobre la víctima que viciaría cualquier acuerdo e impediría realizar la labor del mediador, de modo que, caso de conseguirse una amigable solución, la validez del consentimiento de la víctima para obligarse podría quedar en entredicho.

Sin embargo, autorizados sectores doctrinales[6] proponen la necesidad de un cambio legislativo para evitar la aplicación general de una medida que, coincidiendo con ellos, entiendo, en determinados supuestos, más perjudica que beneficia y que no puede asumirse con un automatismo ciego, como si de un dogma se tratase.

La necesidad de, al menos, plantear la posibilidad de arbitrar algunos supuestos en los que estaría permitida la mediación familiar, existiendo un proceso penal en el juzgado de violencia, se ha puesto de manifiesto recientemente en unas jornadas sobre resolución de conflictos familiares mediante la mediación, celebradas en Córdoba, en abril de 2008, y organizadas de forma brillante por la magistrada de familia Ana M.ª Saravia, en las que, en una de las mesas redondas, se tuvo ocasión de debatir esta cuestión, sin que apareciera el tradicional dogmatismo que no permite siquiera discutir. Allí, volvieron a ponerse sobre la mesa algunas de las reflexiones que la doctrina ha lanzado, aún tímidamente, para plantear *de lege ferenda* propuestas que debo exponer.

A) Razones para admitir la mediación familiar en los juzgados de violencia sobre la mujer

La razón por la que considero que es urgente facilitar la mediación familiar en los juzgados de violencia parte de dos premisas y se fundamenta en varias ideas.

Primera premisa, una evidencia. Nadie podrá negar que la mediación previa a cualquier procedimiento penal puede ser un bálsamo que evite situaciones de violencia familiar, de modo que podría amortiguar la inflación de denuncias de quienes resuelven la voluntad de separarse mediante la comisión de amenaza, coacciones o agresiones, posibilitando que muchas de las parejas que hoy ni siquiera han oído hablar de la posibilidad de acogerse a programas de mediación, puedan conocerlos y utilizarlos[7].

5. García Piqué, «Evolución.», cit. p. 4.

6. *Vid.* Magro Servet, Vicente, *Violencia doméstica y de género, 285 preguntas y respuestas*, SEPIN 2007, p. 271.

7. Varona Marínez, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica,* Compares, Granada, 1998.

Segunda premisa, no puede descartarse, como indica Lisa Parkinson, que, a través de la mediación, la ira que surge en este tipo de conflictos tiene unas posibilidades de mejor gestión y resultado, que en muchas parejas es imposible conseguirlo por sí mismas[8] de modo que, como señala Ortuño, podría al menos intentarse que el mediador contactase con las partes para efectuar un diagnóstico que descartase patologías o circunstancias de violencia que la hagan inviable[9].

La posición que mantengo, por tanto, parte de considerar la posibilidad de permitir la mediación familiar en los supuestos de violencia sobre la mujer, pero circunscrita específicamente a algunas condiciones que se expondrán, y fundamentado en algunas razones principales:

a) Es imposible ponerle puertas al campo. El desarrollo de técnicas de mediación en los juzgados de familia irremediablemente llevará a que en supuestos de inhibición, conforme al artículo 49 de la LEC, lleguen sus resultados a los juzgados de violencia sobre la mujer, como, por ejemplo, en las ocasiones en las que, existiendo sentencia civil de un juzgado de familia y técnicas de mediación en fase de modificación de medidas, se produzca un acto de violencia de género[10].

b) El consenso no está vedado en los juzgados de violencia. La Ley 1/2004, de medidas de protección integral, no impide la separación consensual en estos juzgados y el artículo 90 del Código Civil está vigente para todos los juzgados que atiendan a asuntos de familia, no estando tampoco prohibida la acomodación de los procedimientos a los trámites de los artículos 777 y 777.5 de la LEC.

c) Tampoco tiene vedado el juez de violencia admitir la reconciliación entre cónyuges prevista en el artículo 84 del CC, lo que sitúa a estos juzgados en el mismo nivel que los de familia en la admisión de fórmulas consensuales con trascendencia procesal.

d) Incluso la principal limitación que tiene el juez de violencia, como juez civil, cual es otorgar la guarda y custodia compartida, prohibida en el artículo 92.7 CC, entiende Magro Servet[11] que no debe ser pasto de una aplicación automática, sino que pueden existir supuestos en los que debiera permitirse, como en los casos en que la resolución civil fuere anterior a la imputación formal, es decir, el escrito de acusación de fiscal, y existiese acuerdo de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal o, incluso, en los casos del artículo 92.8, es decir, no acuerdo de los cónyuges, pero informe favorable del fiscal, cuestión esta en la que discrepo en el ámbito del juzgado de violencia porque admitir una guarda y custodia compartida no sólo mediando causa penal, sino con la oposición de la víctima, debe ser un supuesto insólito. En todo caso, sí comparto *de lege ferenda* la necesidad de permitir

8. Parkinson, Lisa, *La mediación familiar*, Gedisa, 2005.

9. Ortuño Muñoz, Pascual, «La mediación familiar», *Separación y divorcio. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIV, Consejo General del Poder Judicial 2005, p. 109.

10. El seminario de formación del CGPJ para magistrados de audiencias provinciales con competencias exclusivas en materia de violencia de género de diciembre de 2005 determinó que en los supuestos en que el delito de violencia se cometiera después de dictada sentencia por el juzgado de familia, la modificación de esas medidas correspondería al JVM, de forma exclusiva y excluyente, de conformidad con el artículo 87 ter de la LOPJ.

11. En *Violencia*... cit. p. 22.

la discrecionalidad del juzgador para otorgarla en algunos supuestos, mediando denuncia por acto de violencia, como en aquellos en los que quede meridianamente determinada la incapacidad de la madre para ostentarla y constar que el padre y denunciado no haya atentado contra los hijos.

e) La ley 1/2004 tampoco impide que el denunciado por un acto de violencia sea demandante en el proceso civil. Sólo se impide que solicite medidas civiles en una orden de protección, pero no que el presunto agresor tenga la iniciativa de poner fin a la vida de pareja.

f) En la práctica no puede negarse que se utilizan y, además, insisto, no están prohibidas, técnicas de conciliación y negociación en el juzgado de violencia descritas en los denominados *Alternative Dispute Fresolution* (ADR). La conciliación tiene elementos de flexibilidad, el juez propicia el acuerdo, y se parte de un diálogo entre las partes, y más aun cuando se utiliza la negociación, que es una técnica informal, libre, sin referencia de autoridad o componedor alguno y con la sola presencia de los abogados y la voluntad de las partes como artífices del acuerdo[12], por lo que si es imposible vedar la voluntad de las partes, ¿por que no articularla y ordenarla mediante la mediación?

g) Una última razón es la constatación de que van surgiendo fórmulas de mediación en materia penal, en programas existentes en Madrid, La Rioja o Andalucía. Pues bien, en alguno de ellos, si bien consta una inicial reticencia a admitir la mediación penal en los delitos de violencia sobre la mujer, no está prohibida, sino condicionada a que la igualdad de partes esté restablecida[13].

B) Ámbito objetivo de la mediación familiar en los juzgados de violencia

Visto lo anterior, es prudente afirmar que sólo debe permitirse la mediación familiar en el juzgado de violencia cuando exista o se haya reestablecido de forma evidente a juicio del juez y, en su caso, del mediador, el imprescindible equilibrio entre partes. Ésa es la referencia que no debe perderse, y por ello entiendo que hay que diseccionar cada delito de los que pueden cometerse específicamente en este ámbito para dar o no validez a las técnicas de mediación. Y por supuesto, me refiero ahora a los supuestos en los que se pretenda mediar una vez denunciado el hecho.

Hay que comenzar descartando que puedan utilizarse técnicas de mediación durante el proceso cuando lo que se impute al agresor sea un delito de violencia habitual del artículo 173.2 del Código Penal, infracción que se percibe desde el inicio de la instrucción, aunque la denuncia sea tramitada por la policía como juicio rápido, ya que, del atestado, de la declaración de la víctima o de otros indicios (denuncias anteriores, partes médicos, etc.) se deducirá que la víctima se encuentra sometida a una situación de permanente agresión y dominación frecuente, de modo que su vida es algo parecido a un infierno (STS de 23 de mayo de 2005,

12. Ortuño, «La mediación...», cit. p. 73.

13. *Vid.* Gordillo Santana, Luis F., «La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia» *Instituto de Estudios Riojanos*, 2005 e igualmente consta en el Convenio de colaboración entre la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía y la asociación para la mediación penal de Jaén «Amedeja» para la ejecución del proyecto piloto de mediación penal en la provincia de Jaén, excluye sólo por «razones de prudencia» y «por el momento» los delitos de violencia de género por la especial situación de desigualdad de una de las partes.

pte: Sr. Berdugo de la Torre), y, en esas circunstancias no es prudente que el juez invite a las partes a someterse a técnicas de mediación porque, probablemente, la labor del mediador quede empeñada en reequilibrar lo imposible. Probablemente ésa haya sido la intención del legislador al prohibir la mediación, al representarse sólo estos casos más relevantes.

En segundo lugar, también entiendo que sería difícil utilizar técnicas de mediación familiar cuando el delito que atrae la competencia al juzgado de violencia sean lesiones de las previstas en el artículo 148 del Código Penal o cuando de primera hora se pueda calificar el hecho como amenazas graves del artículo 169 del Código Penal. Ello por la importancia del hecho que, en el supuesto de las lesiones, requerirá la constancia de un tratamiento médico o quirúrgico y en el de las amenazas la constancia de que la expresión que se vierte contra la mujer no sea subsumible en una amenaza leve del artículo 171.4 del Código Penal (la antigua falta del artículo 620), sino una de aquellas en las que el temor de la víctima y la verosimilitud de la expresión estén contrastadas por medios, métodos, formas u objetos que la hagan más gravosa y generen un riesgo importante para la vida e integridad de la víctima, lo que induce a pensar que la víctima puede estar en una importante posición de desequilibrio frente al agresor.

Un tercer nivel comprende el delito de maltrato previsto y penado en el artículo 153 y las amenazas del artículo 171.4. En ambos supuestos, nos encontramos con los tipos penales de más cotidiana aplicación en los juzgados, porque comprenden las acciones más habituales. El artículo 153 castiga cualquier maltrato psíquico o físico con o sin lesión siempre que no sea subsumible en las lesiones del artículo 148, es decir, se circunscribe a los supuestos de la falta del artículo 617 del Código Penal, con el matiz de que es delito por ser el agresor hombre y la víctima mujer que sea o haya sido cónyuge o pareja. Igualmente sucede con las amenazas, que específicamente el tipo las califica de leves para incluirlas en el artículo 171.4 elevándolas de falta a delito cuando el autor sea el hombre y la víctima su pareja o ex pareja. Pues bien, lo cierto es que en muchas de estas ocasiones no se aprecia un evidente desequilibrio de partes, sino, como es obvio, un indicio de comisión de delito, que en muchas ocasiones ni siquiera llega a probarse en juicio oral[14], sin más trascendencia, por su levedad, por la voluntad de reconciliación o por ser consecuencia de un momento de agresividad puntual. En esas ocasiones, en las que puede subyacer una mala gestión de una crisis de pareja, no es entendible que la reconducción a una mediación que voluntariamente quieran realizar agresor y víctima, o instada por el órgano judicial, se vea impedida por mandato de un legislador que no admite matices. Cabría entonces la mediación, siempre que se acreditase que la víctima está en condiciones de negociar dignamente.

Por último, en otras infracciones se impone avanzar y permitir la introducción de técnicas de mediación. Me refiero a los supuestos de maltrato del artículo 153 en el que no conste lesión alguna, o coacciones leves del artículo 172.2, pero, sobre todo, en los limitados supuestos en los que aún existen las faltas en el ámbito de la pareja, como son los supuestos de injurias y vejaciones leves del artículo 620.2. En estos casos entiendo que, en la casi absoluta generalidad de los supuestos, el desequilibrio de partes no es relevante, pues no se

14. Según datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2007 para Córdoba, en materia de violencia sobre la mujer, los juzgados de lo penal absolvieron aproximadamente al 75% de los acusados imputados en asuntos de violencia provenientes sobre todo de diligencias urgentes y procedimientos abreviados.

olvide que aludimos a injurias o vejaciones de escasa entidad, siendo por desgracia bastante habitual apreciar estos excesos, que en ocasiones son sólo faltas de educación y en otras infracción penal, de modo que es difícil encontrarse con separaciones versallescas, en las que las parejas se disuelven de manera ordenada y sin crispación.

Creo, por tanto, que es preciso desterrar el automatismo de la prohibición de la mediación y, en los casos de existencia de proceso, permitirla y avalarla en las situaciones expuestas.

C) Momento procesal

Es importante dejar debidamente aclarada una cuestión antes de avanzar. Cuando hablamos de los distintos momentos de la mediación en derecho de familia nos referimos a un solo procedimiento, que es el pleito civil, pudiendo optar por la mediación antes de presentar la demanda, durante la tramitación o después de la sentencia, ya en la ejecución, como se ha expuesto.

Sin embargo, cuando analizamos la mediación familiar en el juzgado de violencia sobre la mujer una dificultad más nos acompaña, puesto que pueden coexistir dos procedimientos distintos. Uno, el proceso penal en el que se ventilará el asunto de violencia sobre la mujer y otro, en su caso, el proceso de familia que comenzará sólo si denunciante o denunciado interponen demanda, porque el mero hecho de obtener medidas civiles en una orden de protección no supone la incoación de ningún procedimiento, pero debiendo quedar claro que, obviamente, no cabe proceso civil en el juzgado de violencia sin previo hecho delictivo, conforme al artículo 87 ter. 3.º.d) de la LOPJ. Hay que distinguir, por tanto, diversas situaciones.

a) Mediación familiar previa al proceso civil existiendo proceso penal en el juzgado de violencia sobre la mujer

Entiendo, como se ha expuesto arriba, que la mediación familiar previa no debe mantener ninguna diferencia con las reglas generales de esta institución siempre que sea previa al proceso penal en el que se denuncie un hecho de violencia, pero sí deberá tener distinto tratamiento si se produce antes de la presentación de la demanda civil en el juzgado de violencia, pero tramitándose ya el proceso penal, que es lo que ahora analizamos.

En estos casos es cuando el papel del mediador se hace no relevante, sino indispensable, sin parangón con su importancia en los procesos ordinarios de familia, porque tendrá que tener en cuenta el tipo delictivo que se denuncia y la realidad o los indicios de veracidad de lo expuesto para, como se ha indicado, continuar con su función haciendo una razonable labor de reequilibrio, o suspenderla inmediatamente en las ocasiones en las que aprecie habitualidad en el maltrato, lesiones o amenazas graves, o relevante desequilibrio. Por lo tanto, la especificidad de la mediación previa al proceso de familia cuando ya conozca el juzgado de violencia de la denuncia exigirá una especial cualificación del mediador, incluyendo en ella específicos conocimientos de los tipos delictivos que pueden aplicarse a los hechos

de violencia sobre la mujer. A mi juicio, esto es esencial, como también la sensibilidad del órgano judicial, de oficio, o a través del Ministerio Fiscal, para exhortar a las partes hacia la mediación, sólo cuando proceda.

La mediación familiar previa a la demanda tiene, además, importantes condicionantes derivados de la estructura del proceso penal. Sabido es que en numerosas ocasiones los delitos de violencia sobre la mujer más habituales, como el maltrato del artículo 153 o las amenazas leves del artículo 171.4 del Código Penal, suelen tramitarse mediante las llamadas diligencias urgentes previstas en los artículos 797 y siguientes de la LECr, procedimiento que determina como regla general celebrar en un solo acto las fases de instrucción e intermedia de modo que con la recepción del atestado y una sucinta instrucción se formulará acusación, se decretará la apertura de juicio oral y, o se convocará a las partes a juicio oral en un breve plazo o, caso de conformarse el acusado con la pena interesada, se le condenará por el propio juzgado de violencia sobre la mujer, reduciéndole la pena en un tercio.

En esas posibilidades hay que situarse con un dato más. El mecanismo de la orden de protección, introducido en el artículo 544 ter de la LECR por la Ley 27/2003, de 31 de julio, permite otorgar a la víctima de violencia un estatuto integral de protección incluyendo medidas penales, fundamentalmente el alejamiento, y civiles, constando específicamente en la regulación la posibilidad de establecer el uso de la vivienda, el régimen de guarda y custodia, pensión de alimentos para los hijos, etc., con una vigencia de 30 días que se prorrogará por otros 30 si se presenta demanda civil en el juzgado de violencia competente.

Según sea la tramitación penal, puede condicionar favorablemente la mediación previa a la demanda. Podría resultar adecuado permitir que el juez de violencia, de oficio, o a instancia del fiscal, pudiese exhortar a las partes a someterse a técnicas de mediación cuando exista una conformidad del acusado con el delito (lo que ya implica una asunción de responsabilidad y una consecuencia de generosidad por el sistema que le rebaja la pena), más aun cuando se haya adoptado una orden de protección con medidas civiles en las que han podido existir actitudes de compromiso por el propio imputado, asumiendo en un solo acto la disolución de su pareja y la responsabilidad penal. En esos supuestos, siempre que los delitos imputados sean de aquellos que permitan restablecer el equilibrio, entiendo que las técnicas de mediación podrían ser muy beneficiosas para reordenar de forma más pausada lo que se ha resuelto en una orden de protección de forma urgente en un juzgado y ayudaría a prevenir situaciones complejas futuras.

Otro supuesto, de igual frecuencia que el anterior, aparece cuando el acusado no reconoce el hecho y se le cita a juicio oral ante el juzgado de lo penal correspondiente, existiendo como medida cautelar una orden de protección con medidas penales y civiles. No es descabellado permitir la discreción del juez para exhortar igualmente a las partes a la mediación, cuando cuentan con un plazo de 30 días para presentar la demanda correspondiente. Sería igualmente una mediación previa a la demanda, también instada por un juez que a la vez es instructor y de familia, con lo que, la labor del mediador, igualmente compleja, al menos estaría avalada por una predisposición judicial que ha debido valorar la entidad del hecho, el equilibrio de las partes, etc.

b) Mediación familiar durante el proceso civil, existiendo proceso penal

En estos casos, cuando se encuentra en trámite el asunto penal y constante éste se interpone demanda civil, la clave consiste en tener en cuenta la preeminencia de lo penal, sobre lo que ha de girar lo demás.

Esto es, dependerá del delito que se impute y de la mayor o menor subordinación de la mujer a su pareja, para que se pueda instar la mediación o puedan aceptarse técnicas mediadoras. Debe quedar claro que esa mediación, para calificarse como intraprocesal, deberá iniciarse una vez interpuesta la demanda civil, bien antes o después del dictado de las medidas previas o provisionales, pero no antes, sólo con medidas derivadas de la orden de protección, porque éstas no inician proceso civil alguno.

Creo que el legislador, en estos casos, debiera especificar los supuestos ya analizados en los que en ningún caso debería admitirse la mediación, y permitir la discrecionalidad del juez en los demás, articulándolo como impulsor de esas técnicas en esta fase, sin perjuicio de que si las partes voluntariamente deciden someterse por su cuenta a la mediación advertir de los supuestos en los que no se admitiría.

c) Mediación posterior al proceso civil

La mediación posterior al proceso civil presupone una sentencia y el inicio de la ejecución o, en su caso, un procedimiento de modificación de medidas. Y en el aspecto penal pueden darse todas las posibilidades: puede estar aún tramitándose la causa, haber recaído sentencia condenatoria o absolutoria o, incluso, estar archivado el procedimiento en alguna de las modalidades que permite la LECr.

Si el proceso penal se está tramitando o incluso si ha recaído sentencia condenatoria no deben olvidarse las premisas anteriores sobre el tipo de delito de que se trate, pero si la causa se archivó o se absolvió al imputado, el problema es otro, porque entonces técnicamente no se está ante un supuesto de violencia de género. Aunque la ley guarda silencio, la doctrina entiende que debe mantenerse la competencia civil del juzgado de violencia hasta la prescripción del delito, por razones como la *perpetuatio iurisdictionis,* la seguridad jurídica o la economía procesal[15] aunque me consta que en la práctica judicial en algunos casos se suele producir una inhibición de los juzgados de violencia a los de familia.

En el supuesto más ortodoxo, esto es, perpetuando la competencia civil del juzgado de violencia aunque el imputado resulte absuelto o la causa se archive, entiendo que la mediación no debe diferenciarse de la que se realice para surtir efecto ante un juzgado de familia, porque no habiendo existido delito, o no constando suficientemente acreditada su perpetración, no hay argumento para admitir posturas a favor de un desequilibrio en abstracto entre las partes, y ellos podrán ser libres para negociar como si el proceso penal no hubiese existido.

15. Magro Server, *Violencia*..., cit. p. 260.

I.3. Conclusiones

Lo expuesto pretende abrir un debate jurídico sobre la necesidad de permitir las técnicas de mediación familiar en el ámbito del juzgado de violencia sobre la mujer. Se ha optado por hacer pivotar la reflexión distinguiendo entre tipos delictivos, para desmenuzar cada situación y valorar en abstracto el eventual desequilibrio entre partes. No obstante, esto es un primer apunte. No olvida el autor la dimensión madura de la víctima y su autonomía de la voluntad, por lo que, quizá más adelante, habría que hacer girar la mediación, existiendo violencia de género, en el efectivo estudio de la concreta situación de desequilibrio que pueda sufrir cada víctima, independientemente del delito imputado al agresor, porque no deja de ser ingenuo el planteamiento de que a mayor gravedad o complejidad del delito, más desequilibrio. A nadie debe sorprender que una falta pueda suponer a alguna mujer una situación de ansiedad, dominación o terror, y a otra un delito no modificar su capacidad para razonar y decidir, por lo que deberá realizarse un estudio previo, pre-mediación, o intervención, por ejemplo, de las unidades forenses de valoración, que indiquen en qué exacta situación se encuentran las partes para poder negociar.

EL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIONES DE ALIMENTOS COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL DE FAMILIAS DESESTRUCTURADAS [1]

M.ª BELÉN SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Almería

RESUMEN

A pesar de que nuestro ordenamiento ha ido incorporando progresivamente medidas dirigidas a garantizar el cobro de pensiones de alimentos a los hijos acordadas en caso de separación, nulidad o divorcio, dichas medidas se han revelado como insuficientes para atajar un problema que se extiende cada vez más, pero que puede presentarse con circunstancias muy diversas: Las facilidades para un divorcio rápido y las garantías de derechos para las familias en torno a una pareja de hecho, producen como efecto colateral que con cierta facilidad un individuo construya varias unidades familiares, cuyas necesidades vitales está obligado a cubrir según el ordenamiento, pero cuyo patrimonio no puede, ni podrá responder de esas obligaciones. Por otra parte, aunque le fuera económicamente posible al obligado, en el caso de las víctimas de violencia de género, la ruptura de la dependencia económica de la víctima con el agresor es, en muchas ocasiones, un paso imprescindible para que ésta pueda alejarse de aquel, y del entorno que ha ayudado a perpetuar sus condiciones de vida sometida a agresiones. Finalmente están los casos en que el deudor de dar alimentos se niega sistemáticamente a ello y obstaculiza con todos los medios a su alcance, incluso legales, el cumplimiento de sus obligaciones, sin que en realidad tenga dificultades patrimoniales para hacerles frente. Para este caso, en que se producen incumplimientos voluntarios del pago de las deudas de alimentos y compensatorias, podrían resultar más eficaces las medidas privadas de garantía, como medidas cautelares acordadas en el mismo proceso en que se disponen las pensiones de alimentos y compensatorias. La valoración del *Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía de Pago de Alimentos* y las mejoras que se propongan a éste, deberían diferenciar el trato del problema del impago de pensiones alimenticias, en caso de que sea voluntario o involuntario, cuando hay o no penuria económica en la unidad familiar en que se integran los acreedores de alimentos, y cuando concurre o no concurre violencia de género. Como reconoce la Exposición de Motivos del Real Decreto estamos ante un problema social de magnitud al que el Estado debe responder, obligado por la normativa internacional y por el artículo 39 de la Constitución española; y

1. Este trabajo se realiza en el marco del proyecto I+D SEJ2007-67096 «Políticas jurídicas sobre el menor» I.P.M.ª Belén Sáinz-Cantero Caparrós y ha sido presentado en el seminario interdisciplinar y foros de debate «Diagnóstico del principio de igualdad efectiva» celebrados en Almería del 26 al 28 de abril de 2008.

por otra parte, las normativas de Igualdad, lo consideran un instrumento fundamental, y medida imprescindible si se quiere apoyar a quien sufre violencia de género.

ABSTRACT

Although our system has gone incorporating progressively measures directed to guarantee the retrieval of nourishment annuity to the children authorized in the cases of separation, nullity or divorce, such measures have become insufficient to interrupt a problem that is more and more extended, but that it can be presented in very diverse circumstances: The facilities for a quick divorce, and the guarantees of rights for the families around a couple in fact, produce as colateral effect that with certain easiness an individual builds several family units whose vital necessities is forced to cover according to the ordenance, but whose patrimony is not able to, neither it will be able to respond of those obligations. On the other hand, although to the one forced it were economically possible, in the case of the victims of gender violence, the rupture of the victim's economic dependence with the aggressor is, in many occasions, an indispensable step for she can move away from him, and from the environment that has helped to perpetuate her life conditions subjected to aggressions. Finally there are cases in that the debtor of giving foods refuses systematically to it and obstruct with all the means within his reach, even legal, the execution of his obligations, without in fact he has patrimonial difficulties to face up to them. For this case in that voluntary nonfulfillments of the payment of the debts of foods and compensatory take place, it could be more effective the measures private of guarantee, as precautionary measures agreed in the same process in that are decided the annuities of nourishment and compensatory. The valuation of the Real Ordinance 1618/2007, of December 7, on Organization and Operation of the Fund of Guarantee of Payment of Foods and the improvements proposed to it, should differentiate the treatment of the problem of the unpaid of nourishment annuities, in case it is voluntary or involuntary, when there is or not economic penury in the family unit in that are integrated those worthy of nourishment, and when concurs or not gender violence. As it recognizes the Exhibition of Reasons of the Real Ordinance we are before a social problem of magnitude to which the State should respond, forced by the international normative and by the article 39 of the Spanish Constitution; and on the other hand, the normative of Equality, consider it a fundamental instrument, and indispensable measure if it is wanted to support to who suffers gender violence.

Sumario

I. ANTECEDENTES DE REAL DECRETO 1618/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, SOBRE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL FONDO DE GARANTÍA DE PAGO DE ALIMENTOS

II. FUNDAMENTOS DE LA CREACIÓN DEL FONDO Y SU REGULACIÓN

III. NATURALEZA Y CARACTERES DEL DERECHO QUE GARANTIZA EL FONDO

IV. BENEFICIARIOS, CONDICIONES DE ACCESO Y PROCEDIMIENTO

V. VALORACIÓN QUE HA MERECIDO ESTA NORMATIVA Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON ALGUNOS FONDOS AUTONÓMICOS

VI. LA NECESARIA LIMITACIÓN DEL FONDO PÚBLICO A LAS SITUACIONES DE RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL Y LAS QUE SUFREN VIOLENCIA FAMILIAR, Y EL DESARROLLO DE GARANTÍAS PRIVADAS SUFICIENTES PARA LOS DEMÁS CASOS

I. ANTECEDENTES DE REAL DECRETO 1618/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, SOBRE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL FONDO DE GARANTÍA DE PAGO DE ALIMENTOS

La Disposición Adicional Decimonovena de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, dispuso que el Estado habría de garantizar el pago de alimentos reconocidos a los hijos e hijas menores de edad por convenio regulador aprobado judicialmente o por resolución judicial, cuando resultaran impagados, por medio de una normativa que especificase el sistema de cobertura para esa situación de impago y que «en todo caso» tendría en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en su única Disposición Adicional, reiteró en idénticos términos lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley 1/2004, salvo en la consideración especial de las víctimas de la violencia de género.

En atención a esas dos normas previas, la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, creó en su Disposición Adicional Quincuagésima Tercera, el Fondo de Garantía de Pago de Alimentos, al que dotó con diez millones de euros, con la función de garantizar el pago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores de edad en convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales en los casos de separación legal, divorcio, nulidad matrimonial, determinación de filiación o alimentos, mediante un sistema de anticipos a cuenta.

Finalmente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, encomendó al Gobierno en Disposición Transitoria Décima y para el año 2007, la regulación del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, lo que se produce con el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía de Pago de Alimentos (BOE 299, de 14 de diciembre de 2007).

Completan la normativa sobre el Fondo, de un lado, la Disposición Final Quinta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, por la que se establece determinada norma tributaria, que ha contemplado expresamente que cuando el Estado

haya satisfecho alimentos impagados, podrá reclamarlos al obligado a pagarlos subrogándose hasta el importe total de lo satisfecho. Al derecho a reclamar dicho importe le otorga naturaleza pública, por lo que se beneficia de la colaboración entre la Administración General del Estado y los Tribunales, en la ejecución de tales créditos públicos prevista en esta misma ley. Por último, la Resolución de 17 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el modelo oficial de solicitud de anticipo a cargo del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, regulado en el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre (BOE 306, de 22 de diciembre de 2007).

En el ámbito internacional, ya la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 (Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989) que España ratificó un año después (BOE de 31 de diciembre de 1990), así como el Consejo de Europa en su Recomendación 869 (79), de 28 de junio de 1979, encomienda a los Estados la misión de adoptar medidas encaminadas a garantizar que los niños perciban sus pensiones alimenticias[2].

Para entonces la Unión Europea ya se había manifestado sobre la cuestión, en Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1986, pero es en 2004, con el Libro verde de Obligaciones Alimentarias (Comisión de las Comunidades Europeas. COM 2004 (254) cuando expone la necesidad de que los Estados dispongan de mecanismos que procuren las pensiones alimenticias en caso de impago y cooperen para recaudar las cantidades que por esos conceptos se reclamen por los organismos competentes de otros Estados.

Ciertamente los países de la Unión se han ido dotando de estos organismos que anticipan los pagos de las pensiones alimenticias,[3] y en España se viene reclamando desde 1986, cuando la creación de un Fondo de garantía de pensiones de alimentos comienza a incorporarse a los programas electorales de algunos partidos políticos.[4]

A nivel autonómico Valencia, País Vasco y Cataluña cuentan con previsiones propias para el caso de impago de pensiones alimenticias:

En primer lugar, la Ley Valenciana 9/2003, de 2 de abril (BOE de 8 de mayo), para la Igualdad entre Mujeres y Hombres que ante el impago reiterado de pensiones de alimentos y «para evitar bolsas de marginalidad o pobreza» prevé el pago de anticipos con cargo a un Fondo dotado por los Presupuestos de la Generalitat Valenciana, pero también por los reembolsos correspondientes, que fue finalmente creado por el Decreto 3/2003, de 21 de enero, del Consell de la Generalitat (DOGV de 30 de enero de 2003). Después, del mismo

2. Dice exactamente el artículo 27.4 de la Resolución 44/25: «Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera para el niñó, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados».

3. Martín Casal, M. y Santdiumenge Farre, J., «Els funcionament dels fons de pensions alimentàries. Estudi comparat de legislació sobre pagament avançat de pensions alimentàries a menors en cas d'impagament del progenitor separat o divorciat», en *Materials de les Vuitenes Jornades de Pret Català a Tossa, 1994* (Coord.: Area de Dret Civil Universitat de Girona), Titant lo balnch, 1996, pp. 489-546.

4. Así lo destaca Tomás, G., que analiza las vicisitudes previas a la aprobación de la Ley que nos ocupa en «Los fondos de garantía de pensiones de alimentos», *Aequalitas,* núm. 18, enero-junio 2006, pp.21 a 25.

año, es la Ley catalana de Apoyo a las Familias, Ley 18/2003, de 4 de julio (DOGC de 16 de julio de 2003), y que contempla el Fondo de garantía para pensiones alimenticias y compensatorias, cuando su incumplimiento cause precariedad económica con riesgo de exclusión social (artículo 44). Por último, la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (BOPV de 2 de marzo de 2005) contempla para el País Vasco la futura creación de un Fondo que garantice pensiones alimenticias y compensatorias y complemente las de viudedad, todo ello como instrumento de «Inclusión social» (artículo 45.2).[5]

Se puede afirmar que tanto las normativas internacionales, comparadas, como las de las Comunidades Autónomas sucintamente anotadas, fundamentan la creación de Fondos de garantía de pensiones de alimentos en el marco de su función asistencial y concretamente en la obligación de los Estados de proteger social y económicamente a las familias y a los sujetos que las integran. Desde esta perspectiva se ha señalado el artículo 39 de la Constitución española de 1978, como la base constitucional del Real Decreto 1618/2007, de regulación del Fondo y las Leyes que previamente lo han contemplado.

II. FUNDAMENTOS DE LA CREACIÓN DEL FONDO Y SU REGULACIÓN

El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos nace, en efecto, con la intención declarada de atender las necesidades de los menores de edad, o mayores discapacitados, mediante la percepción de cantidades «anticipadas» de los alimentos que les deben y han impagado sus progenitores, cuando la unidad familiar en la que se integran los menores no puede atender dichas necesidades por falta de medios económicos[6].

La Exposición de Motivos del Real Decreto regulador del Fondo afirma que pretende responder a «un problema social de indudable importancia» y hace referencia expresa al mandato del artículo 39 de la Constitución española de 1978 de protección integral de las familias y de los hijos.

Considera expresamente la Exposición de Motivos, la habitualidad y frecuencia de los impagos de alimentos establecidos judicialmente a favor de los hijos ya sea en supuestos de divorcio, separación, declaración de nulidad del matrimonio, o en procesos de filiación o de alimentos, y aun cuando admite que dichos incumplimientos en ocasiones son dolosos, y otras veces debidos a la imposibilidad del deudor para hacerlos efectivos, el caso es que la unidad familiar en que esos menores se integran se enfrenta precariamente a las necesidades de aquéllos.

El problema, como la solución propuesta, no es en exclusiva español. La propia Exposición de Motivos recuerda que el Parlamento europeo ha emitido varias resoluciones al respecto y, en otros ordenamientos, se han ofrecido soluciones, semejantes y diversas a

5. También sobre la normativa autonómica detenidamente, Tomás, G., en «Los fondos de garantía de pensiones de alimentos», *Aequalitas,* núm. 18, enero-junio 2006, p. 21 a 25.

6. Sobre la obligación de alimentos, el nacimiento del derecho, contenido y extensión, pago, extinción y reclamación judicial, *vid.* Hernández Orbegozo, A., *Alimentos Familiares,* Aranzadi, 2007.

la que analizaremos aquí y pueden servir de referencia para emitir una valoración sobre el Fondo de garantía español.

De él analizaremos sus características y el sistema que articula, pero aparte de detenernos en el Fondo de garantía diseñado por el Real Decreto, nos interesa particularmente su consideración de las víctimas de violencia de género, pues, desde que se inician en España las propuestas de creación de este Fondo de garantía, se ha destacado el valor que puede tener como instrumento de prevención contra ese grave problema social.

En esta dirección, el Gobierno ha anunciado recientemente que tiene la intención de hacer una extensa divulgación de los derechos de las mujeres cuando sufren violencia de género, incluyendo entre ellos diez nuevas medidas que propone para luchar contra ella, y el Fondo de garantía de las pensiones de alimentos está entre esas medidas, junto al servicio de teleasistencia móvil a víctimas de maltrato, con órdenes de protección o sin ellas, pero en situación de riesgo, o la puesta a disposición de asociaciones y organizaciones de mujeres, inmuebles de Patrimonio Nacional para su utilización como casas de acogida, por destacar dos medidas muy concretas de prevención y protección.

III. NATURALEZA Y CARACTERES DEL DERECHO QUE GARANTIZA EL FONDO

El Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, que regula el Fondo, se divide en cinco capítulos que contemplan respectivamente: El objeto y naturaleza del fondo de garantía del pago de alimentos (capítulo primero); Los beneficiarios y condiciones de acceso a los anticipos del fondo de garantía del pago de alimentos (capítulo II); La determinación y efectos del anticipo (capítulo III); El procedimiento de reconocimiento de anticipos (capítulo IV), y las acciones de subrogación, reembolso y reintegro (capítulo V).

Efectivamente, el derecho que reconoce y quiere garantizar el Fondo a los que considera beneficiarios, es el derecho a un anticipo de la pensión de alimentos previamente establecida a favor de aquéllos en la forma que legalmente está dispuesta[7].

Se describe así claramente en el artículo 8 para completar sus características con los artículos 9 a 10 a través de límites temporales y cuantitativos:

Dice el artículo 8.2 que «el beneficiario tendrá derecho al anticipo, con cargo al Fondo, de la cantidad mensual determinada judicialmente en concepto de pago de alimentos». Su cuantía, que se considera siempre en importes mensuales (artículo 8.1), tiene un límite máximo de 100 euros; aunque si la unidad familiar está integrada por varios beneficiarios, «este límite operará para cada uno de ellos» (artículo 8.3). Y si la resolución judicial fijara una cuantía inferior a cien euros mensuales, la cuantía del anticipo a percibir con cargo al Fondo será la fijada por dicha resolución judicial (artículo 8.4).

7. Sobre este particular *vid.* González Del Pozo, J.P., MD Planes Moreno y Esantana Paez, *Los procesos de Familia: una vision judicial,* Colex, 2007, y Hernández Orbegozo, A., *Alimentos Familiares,* Aranzadi, 2007.

Los efectos económicos del derecho, una vez reconocido, se despliegan a partir del primer día del mes siguiente al de la presentación de la solicitud y lo recibe quien tenga la guarda y custodia del menor cuya pensión de alimentos es objeto del anticipo (artículo 10). Pero el disfrute del derecho puede prolongarse sólo, por un período máximo de dieciocho meses, «ya se perciba el anticipo de forma continua o discontinua» (artículo 9). El artículo 22.g) recoge consecuentemente como una causa de extinción del derecho reconocido, «el transcurso del plazo máximo de garantía».

Se trata de un anticipo, por lo que el artículo 24 contempla las acciones de subrogación y reembolso que corresponden al Estado: «1. De conformidad con la Disposición Final Quinta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de los pagos satisfechos al interesado, en los derechos que asisten al mismo frente al obligado al pago de alimentos, teniendo dicho importe la consideración de derecho de naturaleza pública, y su cobranza se efectuará de acuerdo con lo previsto en la Ley General Presupuestaria. Su recaudación en período ejecutivo se realizará mediante el procedimiento administrativo de apremio. 2. En el supuesto previsto por el apartado anterior, se practicará liquidación de las cantidades adeudadas al Estado por el obligado al pago de alimentos. Dicha liquidación será notificada al obligado, que deberá ingresarla en el Tesoro Público en los plazos previstos por el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Las liquidaciones que no hayan sido satisfechas en período voluntario serán recaudadas en período ejecutivo por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo. 3.1 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio».

IV. BENEFICIARIOS, CONDICIONES DE ACCESO Y PROCEDIMIENTO

A la determinación de los beneficiarios del anticipo dedica el Real Decreto el artículo 4, y la Disposición Adicional Primera:

> «1. Serán beneficiarios de los anticipos del Fondo los españoles menores de edad, así como los menores nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea residentes en España, titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, que formen parte de una unidad familiar cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos sus conceptos, no superen los límites que se establecen en el artículo 6 de este Real Decreto.
>
> 2. También serán beneficiarios los menores de edad extranjeros no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea que, siendo titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, cumplan los siguientes requisitos:
>
> a) Residir legalmente en España y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo. Para los menores de cinco años estos períodos de residencia se exigirán a quien ejerza su guarda y custodia. No obstante, si el titular de la guarda y custodia fuera español bastará con que el menor resida legalmente en España al tiempo de solicitar el anticipo, sin necesidad de acreditar ningún período previo de residencia.
>
> b) Ser nacionales de otro Estado que, de acuerdo con lo que se disponga en los tratados, acuerdos o convenios internacionales o en virtud de reciprocidad tácita o expresa, reconozca anticipos análogos a los españoles en su territorio.

c) Formar parte de una unidad familiar cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos sus conceptos, no superen los límites que se establecen en el artículo 6 de este Real Decreto.

3. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que residen legalmente en España los extranjeros que permanezcan en su territorio en alguna de las situaciones de residencia legal previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social»[8].

Además de los menores (nacionales o no) serán beneficiarios del anticipo los mayores de edad discapacitados cuando concurran en ellos las condiciones de acceso al anticipo previstas para los menores, si el grado de discapacidad es igual o superior al 65%. La discapacidad se acreditará junto con la demás documentación que acompaña a la solicitud, mediante resolución o certificación emitida por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales u órgano competente de la Comunidad Autónoma. Así lo dispone la Disposición Adicional Primera.

Aunque los beneficiarios sean menores y discapacitados con derechos de alimentos reconocidos e impagados, los perceptores del anticipo, según el artículo 10, y sus solicitantes, según el artículo 13, lo serán quienes ostenten la guarda y custodia del menor o incapaz. El artículo 11 otorga, igualmente, al titular de la guarda y custodia, la facultad de optar cuando distintas Administraciones Públicas reconozcan prestaciones de la misma naturaleza y finalidad, y por incompatibilidad, sólo se pueda percibir una de ellas. Se refiere a los anticipos de alimentos que puedan garantizar otras Administraciones, lo que en particular afectaría a los reconocidos para la Comunidad Autónoma Valenciana, el País Vasco y Cataluña.

Pero la condición de menor o discapacitado con una pensión de alimentos impagada, no es suficiente para percibir el anticipo del Fondo. Las condiciones de acceso al anticipo se adelantan en la regulación a la descripción misma del derecho de los beneficiarios, que, según se ha visto, se contempla en el artículo 8 y se describen pormenorizadamente en los artículos 4 a 7:

Según el artículo 4, los beneficiarios deben formar parte de una unidad familiar «cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos sus conceptos, no superen los límites que se establecen en el artículo 6 de este Real Decreto»:

«Los recursos e ingresos económicos de la unidad familiar, computados anualmente, no podrán superar la cantidad resultante de multiplicar la cuantía anual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), vigente en el momento de la solicitud del anticipo, por el coeficiente que corresponda en función del número de hijos e hijas menores que integren la unidad familiar. Dicho coeficiente será 1,5 si sólo hubiera un hijo, y se incrementará en 0,25 por cada hijo, de forma que el coeficiente será 1,75 si hubiera dos hijos en la unidad familiar, 2 si hubiera tres hijos, y así sucesivamente» (artículo 6).

8. Para estos casos, la documentación que debe acompañar a la solicitud según el artículo 14.d) será: «En el caso de menores extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, Tarjeta de Residencia en vigor y resolución o certificación de concesión del permiso de residencia legal de los períodos previos requeridos en España, en los términos establecidos en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En el caso de menores extranjeros que sean ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, certificación de su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, prevista en el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de los mismos».

Los artículos 5 y 7 determinan, a los efectos de los artículos 4 y 6, el concepto de unidad familiar de un lado, y las reglas para computar los ingresos familiares, y así: «... se considerará Unidad familiar exclusivamente la formada por el padre o la madre y aquellos hijos e hijas menores de edad, titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, que se encuentren a su cargo»; y «... tienen la consideración de rentas o ingresos computables los rendimientos del trabajo, del capital y de actividades económicas de los que disponga anualmente la unidad familiar. Asimismo, se computará el saldo neto de ganancias y pérdidas patrimoniales obtenidos en el ejercicio por todos los miembros de la unidad familiar». Describe después el artículo 7 cómo han de computarse cada uno de esos conceptos[9].

Según el artículo 13 la limitación económica de los recursos familiares se acreditará por declaración hecha por el solicitante de las rentas de la unidad familiar, y el órgano competente para resolver podrá comprobar en cualquier momento de la tramitación el cumplimiento de las condiciones necesarias par acceder y «conservar» el derecho al anticipo o la cuantía reconocida.

Efectivamente, contempla el Real Decreto un buen catálogo de causas de modificación y extinción del anticipo, derivadas fundamentalmente de la alteración de las circunstancias determinantes de la condición de beneficiario y los requisitos de acceso.

Según el artículo 22 el derecho al anticipo se extingue:

> «a) Por alcanzar el beneficiario la mayoría de edad. b) Por alteración de las condiciones económicas de la unidad familiar que justificaron el reconocimiento siempre que la misma supere los límites establecidos en el artículo 6. c) Por resolución judicial que así lo determine. d) Por modificación de la resolución judicial que reconoció el derecho de los beneficiarios a alimentos, siempre que de la misma se derive la improcedencia sobrevenida del mismo. e) Por cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación de pago por parte del obligado. f) Cuando el anticipo se obtuviera mediante la aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos o a través de cualquier forma fraudulenta o con omisión deliberada de circunstancias que hubieran determinado la denegación o reducción del derecho. g) Por el transcurso del plazo máximo de garantía. h) Por el reconocimiento de prestación o ayuda incompatible, previa opción del solicitante, o percepción de la misma. i) Por fallecimiento del beneficiario. j) Por fallecimiento del obligado al pago de alimentos. k) Por pérdida de la residencia legal, respecto de los menores que carezcan de nacionalidad española. 2. En los supuestos anteriores se producirá la extinción del anticipo sin perjuicio de la obligación de reintegro a que se refiere

9. «2. Se consideran rendimientos del trabajo las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, que deriven del trabajo personal prestado en el ámbito de una relación laboral o estatutaria por cuenta ajena por todos los miembros de la unidad familiar. En particular, se incluirán, además de las prestaciones reconocidas por los regímenes de previsión social, financiados con cargo a recursos públicos o privados, los rendimientos calificados como derivados del trabajo por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 3. Como rendimientos del capital se computará la totalidad de los ingresos, dinerarios o en especie, que provengan de elementos patrimoniales, bienes o derechos cuya titularidad corresponda a alguno de los miembros de la unidad familiar y no se hallen afectos al ejercicio de actividades económicas. Tratándose de elementos patrimoniales, excluida en todo caso la vivienda habitual de la unidad familiar, que no sean productores de rendimientos de esta naturaleza, la imputación de los rendimientos correspondientes a los mismos se efectuará conforme a las normas establecidas en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 4. Los rendimientos derivados del ejercicio de actividades económicas se computarán de acuerdo con las normas y reglas establecidas al efecto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para el método de determinación del rendimiento neto que resulte aplicable. 5. El saldo neto de las ganancias y pérdidas patrimoniales será el resultado de integrar y compensar entre sí, en los términos establecidos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las ganancias y pérdidas patrimoniales obtenidas en el ejercicio por los miembros de la unidad familiar. 6. Para el cómputo anual de los recursos e ingresos económicos de la unidad familiar se tendrán en cuenta aquellos de que disponga o se prevea que va a disponer en el año natural en el que se solicite el anticipo.»

el artículo 25 o, en su caso, del derecho de reembolso previsto en el artículo 24, cuando así proceda.»

Si se alterasen las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento del anticipo o a su cuantía, dice el artículo 21 que hay que proceder a la modificación o a la suspensión definitiva de los efectos señalados en la resolución de concesión del anticipo, mediante una resolución motivada recaída tras la tramitación de un procedimiento al efecto, que si se basa en pruebas no aportadas por el interesado, tras ser informado, podrá alegar lo que considere en el plazo de diez días. Y es que el perceptor del anticipo, es decir, el titular de la guarda o custodia del menor, cuya pensión de alimentos se anticipa totalmente o hasta cien euros, tiene la obligación de comunicar, en el plazo de treinta días desde que se produzca, cualquier alteración, tanto de la situación económica de la unidad familiar, como de sus miembros, o cualquier circunstancia que pudiera afectar a la cuantía o conservación del derecho de anticipo.

Con el mismo fin, tiene también la obligación de someterse a las actuaciones de la Administración competente para verificar que se mantienen las condiciones de acceso al anticipo (artículo 20).

«Cuando concurra alguna de las causas de extinción previstas en el artículo 22, la resolución declarará la causa apreciada y suspenderá definitivamente el pago». No obstante, no será precisa la tramitación de procedimiento cuando se trate de las causas previstas en las letras a), g) y j) del mencionado precepto (artículo 21.2). En los casos de extinción y modificación, el perceptor podrá obtener el anticipo hasta el último día del mes en que se haya producido la causa de modificación de la cuantía o la extinción (artículo 23).

Los anticipos indebidamente percibidos por haberse obtenido fraudulentamente, por haberse extinguido o modificado, habrán de reintegrarse conforme al artículo 25.

El procedimiento de reconocimiento de anticipo se inicia con la solicitud del miembro de la unidad familiar que tenga la guarda y custodia del menor que reúna las condiciones para ser beneficiario del anticipo y ha de acompañarse de la documentación acreditativa del cumplimiento de esas condiciones[10]:

a) Declaración del solicitante referida a las rentas e ingresos de la unidad familiar.

b) Testimonio de la resolución judicial que reconozca el derecho a alimentos, así como testimonio de haber instado su ejecución.

c) Certificación expedida por el Secretario Judicial que acredite el resultado infructuoso de la ejecución, al no haberse obtenido el pago de los alimentos ni haberse trabado embargo sobre bienes propiedad del ejecutado.

10. «Las solicitudes podrán presentarse en los registros de la citada Dirección General, y en los de las Delegaciones de Economía y Hacienda, así como en los registros y oficinas a que se refiere el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (artículo 12.2). La Resolución de 17 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el modelo oficial de solicitud de anticipo a cargo del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, regulado en el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre (BOE 306, de 22 de diciembre de 2007).

c) Libro de familia o certificación de nacimiento de los beneficiarios.

d) En el caso de menores extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, Tarjeta de Residencia en vigor y resolución o certificación de concesión del permiso de residencia legal de los períodos previos requeridos en España, en los términos establecidos en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En el caso de menores extranjeros que sean ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, certificación de su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, prevista en el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de éstos.

Presentada la solicitud, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, que podrá solicitar el informe del Servicio Jurídico del Estado a los efectos de fundamentar en derecho su decisión, resolverá el expediente, de forma motivada, en un plazo de tres meses, o de dos meses si se trata del procedimiento de urgencia contemplado en el artículo 16, al que ahora nos referiremos. En todo caso, el silencio de la Administración transcurrido estos plazos, se entenderá positivo (artículo 17.3).

Reconocido el derecho, termina el procedimiento con su comunicación por el órgano instructor, tanto al perceptor, como al obligado al pago de los alimentos «en el plazo de diez días a partir de la fecha de la emisión de la resolución de reconocimiento» (artículo 17.4)[11]. En ese mismo plazo se comunicará también al Juzgado o Tribunal que hubiese dictado la resolución judicial que reconoció el derecho de alimentos, o al que la estuviere ejecutando (artículo 19).

El procedimiento de concesión del anticipo será «de urgencia», por existir «situación de urgente necesidad» según el artículo 16, en dos casos: Cuando los recursos e ingresos económicos de la unidad familiar no superen el límite del artículo 6 reducido en 0,5 puntos el coeficiente y cuando la persona que ostente la guarda y custodia del menor sea víctima de violencia de género, «en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género».

La condición de víctima de violencia de género puede acreditarse bien por la correspondiente sentencia condenatoria, bien, sin tener que esperar a ella, con la resolución judicial que haya dispuesto, como medidas cautelares, el alejamiento o la prisión provisional del inculpado, pero también, de acuerdo al artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género, por Orden de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica e Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género[12].

11. «La resolución pondrá fin a la vía administrativa, y se podrá interponer contra la misma recurso potestativo de reposición ante el titular de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su notificación, o bien ser impugnada directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contados de igual forma, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa» (artículo 18).

12. «Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe

El procedimiento de urgencia se separa sólo en dos notas respecto del procedimiento ordinario, en primer lugar, porque no será preciso acreditar la dificultad para obtener el pago de alimentos a que se refiere el artículo 14.2.b), «siendo bastante el testimonio de haber instado la ejecución judicial de la resolución que reconoció el derecho a alimentos y el transcurso de dos meses desde que se instó dicha ejecución, sin haber obtenido su pago conforme a la declaración del solicitante». Además, porque el plazo para resolver por el órgano competente se reduce a dos meses, como ha quedado anotado. Por otra parte, de concurrir y acreditarse estas situaciones de urgente necesidad, una vez iniciado el procedimiento ordinario, no es preciso iniciar el procedimiento de urgencia para acortar el plazo de la resolución, sino que derivará el ordinario en procedimiento de urgencia a instancia del solicitante (artículo 16.5)

Recaída en procedimiento ordinario o de urgencia, «La resolución pondrá fin a la vía administrativa, y se podrá interponer contra la misma recurso potestativo de reposición ante el titular de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su notificación, o bien ser impugnada directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contados de igual forma, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa» (artículo 18).

V. VALORACIÓN QUE HA MERECIDO ESTA NORMATIVA Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON ALGUNOS FONDOS AUTONÓMICOS

Los colectivos que venían reivindicando la creación de un Fondo de Garantía de pensiones de alimentos, particularmente las asociaciones de padres y madres separados, han valorado muy negativamente el Real Decreto que venimos comentando. Sobre todo por la escasa cuantía de los anticipos que se conceden después de tener que acreditar rigurosamente la necesidad de las pensiones cuyo derecho ha de estar judicialmente declarado. El caso es, se afirma, que si el Estado puede recuperar lo que anticipa, y el derecho que se anticipa está judicialmente dispuesto y acreditada la necesidad de asistencia pública, la limitación del importe de la pensión no se justifica.

A ello se suma que las condiciones económicas que se exigen a la unidad familiar son más que precarias, y así se ha puesto de manifiesto que un perceptor de ingresos mensuales de 800 euros con sólo un menor a su cargo queda fuera de la cobertura, incluso si es víctima de violencia de género.

Por último, quedan en todo caso excluidas de la garantía las pensiones de alimentos de los mayores de edad, que pueden reclamarlas de los obligados mientras las necesiten de acuerdo al Código Civil y la resolución que las haya reconocido, pero que no podrán obtener anticipo de éstas, ni siquiera en situación de precariedad extrema de la unidad familiar o de violencia de género.

del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección».

Todo ello ha hecho cuestionarse la verdadera utilidad de los anticipos y por tanto del Fondo y su condición de «garantía» de las pensiones de alimentos. Cuanto más como instrumento de prevención contra la violencia de género.

El análisis comparado con la normativa autonómica que ha precedido a la estatal tampoco destaca por su generosidad al Fondo de Garantía de pensiones de alimentos del Real Decreto 1618/2007, y es fácil predecir que en aquellas Comunidades Autónomas en las que están previstos estos anticipos, el perceptor optará (obligado por el artículo 11) decididamente por el anticipo autonómico, y no sólo por la falta de limitación en la cuantía a percibir:

Así, el Fondo de Garantía de pensiones de alimentos creado por la Comunidad Valenciana con el Decreto 3/2003, de 21 de enero, y que tiene por objeto «garantizar a los hijos e hijas la percepción de aquellas cantidades que, en concepto de pensión por alimentos, haya reconocido en su favor una resolución judicial en procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, o de ruptura de la convivencia familiar, en caso de incumplimiento de la obligación de pago de dichas cantidades por el progenitor obligado a ello y sean reclamadas en vía judicial» (artículo 1.1), reconoce a quienes se encuentren en esa situación y además acrediten que la unidad familiar carece de medios suficientes, de acuerdo a los límites del artículo 3, un anticipo «por importe máximo equivalente a la pensión determinada por el juez o jueza, impagada y reclamada su ejecución en vía judicial, entre tanto no se produzca la finalización judicial relativa a la ejecución forzosa del impago» (artículo 1.2).

Se advierte enseguida, que el Fondo valenciano no sólo anticipa el total de las pensiones impagadas, también extiende el círculo de los beneficiarios a los mayores de edad mientras estén percibiendo las pensiones de alimentos y acrediten la carencia de medios en los términos que se exige por la norma.

Para Cataluña, la Ley que ordena la creación del Fondo de Garantía de pensiones de alimentos, Ley 18/2003, de 4 de julio, prevé que éste cubra no sólo las pensiones de alimentos, de hijos menores y mayores, sino también las pensiones compensatorias en caso de impago y situación de precariedad económica con riesgo de exclusión social. Si bien en este caso, hay un límite cuantitativo a la prestación que no debe superar, en ningún caso, «el equivalente al salario mínimo interprofesional más el 30% de éste por cada miembro o el salario mínimo interprofesional más el 60% si se trata de una persona en estado de dependencia» (artículo 44 de la Ley catalana de apoyo a las familias).

Mas espléndidas resultan aun las previsiones de la Ley vasca para la Igualdad de Mujeres y Hombres, Ley 4/2005, de 18 de febrero, cuyo artículo 45 dispone: «Las administraciones públicas vascas promoverán las medidas de índole jurídica y económica necesarias par mejorar las condiciones de las personas que se encuentren en una situación de precariedad económica derivada de la viudedad, así como del impago de pensiones compensatorias y alimenticias fijadas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los casos de nulidad matrimonial, separación legal, divorcio, extinción de la pareja de hecho por ruptura, o proceso de filiación o de alimentos. A tal fin, crearán un fondo de garantía para situaciones de impago de pensiones y establecerán complementos para las pensiones de viudedad más bajas».

Este artículo prefigura un Fondo de Garantía de «Inclusión social» de los colectivos para quienes están pensadas estas prestaciones. Como sucede con la Ley catalana, prevé la cobertura tanto de las pensiones de alimentos de menores y mayores, como las pensiones compensatorias, y además complementos en las pensiones de viudedad más bajas[13].

Como reconoce la Exposición de Motivos del Real Decreto regulador del Fondo estamos ante un problema social de magnitud al que el Estado debe responder, obligado por la normativa internacional y el artículo 39 de la Constitución española. Las normativas de igualdad, como hemos visto, lo consideran un instrumento fundamental, y la habitual concurrencia de «maltrato económico» con el maltrato físico y psíquico lo señalan como medida imprescindible si se quiere apoyar a quien sufre violencia de género.

VI. LA NECESARIA LIMITACIÓN DEL FONDO PÚBLICO A LAS SITUACIONES DE RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL Y LAS QUE SUFREN VIOLENCIA FAMILIAR, Y EL DESARROLLO DE GARANTÍAS PRIVADAS SUFICIENTES PARA LOS DEMÁS CASOS

Es cierto que la regulación del Fondo es muy mejorable y en su análisis, comparado con algunos de los Fondos autonómicos, resulta como mínimo «poco generoso». Pero considerando que la sociedad se ha tomado verdaderamente en serio la prevención y la atención a las víctimas de la violencia de género y la exclusión social de las familias desestructuradas, cabe esperar que, una vez creado, y a medida que se ponga en marcha esta normativa, las mejoras llegarán.

La valoración de la normativa expuesta y las mejoras que se introduzcan deberían diferenciar el trato del problema del impago de pensiones alimenticias, en caso de que sea voluntario o involuntario, cuando hay o no penuria económica en la familia en que se integran los alimentados y cuando concurre o no concurre violencia de género.

A pesar de que en nuestro ordenamiento se han ido incorporando progresivamente medidas dirigidas a garantizar el cobro de estas pensiones, fundamentadas siempre en la necesidad de quien las recibe, no son suficientes para atajar un problema que se extiende cada vez más, pero que puede presentarse con circunstancias muy diversas:

Las facilidades para un divorcio rápido y las garantías de derechos para las familias en torno a una pareja de hecho, producen como efecto colateral que con cierta facilidad un individuo construya varias unidades familiares cuyas necesidades vitales está obligado a cubrir según el ordenamiento, pero su patrimonio no es suficiente, ni lo será nunca.

En el caso de las víctimas de violencia de género, la ruptura de la dependencia económica de la víctima con el agresor es en muchas ocasiones un paso imprescindible para que

13. Aunque previstos, los fondos catalán y vasco están pendientes de organización y regulación, si bien se siguen anunciando en los términos expuestos, ofreciendo condiciones más ventajosas que el estatal y más ambiciosos en cuanto a su cobertura social.

ésta pueda alejarse de aquél y del entorno que ha ayudado a perpetuar sus condiciones de vida sometida a agresiones.

Finalmente están los casos en que el obligado a dar alimentos se niega sistemáticamente a ello, u obstaculiza con todos los medios a su alcance, incluso legales, el cumplimiento de sus obligaciones, sin que en realidad tenga dificultades para hacerles frente.

Para este último caso, en que se producen incumplimientos voluntarios del pago de las deudas de alimentos y compensatorias, podrían resultar más eficaces las medidas privadas de garantía, como medidas cautelares acordadas en el mismo proceso en que se disponen las pensiones de alimentos y compensatorias: Se ha propuesto ya hace tiempo y en este sentido, la incorporación al ordenamiento español de un sistema basado en la creación de un fondo privado que se crea por sentencia, con bienes del patrimonio del deudor de las pensiones de alimentos y compensatorias, suficientes para garantizar el cobro de estas pensiones. Dicho fondo, al que se nombraría un administrador, dejaría de existir sólo cuando concurriera una causa de extinción de las pensiones que garantiza[14].

Eliminada la necesidad de anticipar las pensiones de alimentos y compensatorias en los casos de incumplimiento voluntario o negligente por los sujetos que sí pueden afrontarlas al contar con medios suficientes, y siempre que no estén involucrados en violencia de género, el Fondo Público de garantía de alimentos quedaría para aquellos casos en los que por falta de medios del sujeto obligado, o por la conveniencia de procurar el alejamiento total de la víctima de violencia de género, el impago de las pensiones está vinculado a familias en riesgo de exclusión social y en riesgo de violencia familiar.

Limitado a estos casos, el «anticipo» del Fondo podría extenderse a la cuantía total de las pensiones debidas a los afectados por el incumplimiento o por la situación de violencia, ampliar el tiempo en el que se procuran, al menos a treinta y seis meses, y facilitar las condiciones de acceso, sobre todo a las víctimas de violencia de género o en riesgo de sufrirlo. Todo ello teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada familia, y la finalidad de inclusión social e igualdad de los hijos (mayores o no), y de los progenitores afectados por el incumplimiento de las pensiones.

Si el Fondo Público de Garantía de pensiones de alimentos, es concebido como instrumento de inclusión social, tiene todo el sentido la exigencia del Real Decreto de limitación de las rentas de las familias que se beneficiarán de éste. Sin embargo, ese mismo fundamento demanda que garantice no sólo las pensiones alimenticias de los menores, también de los mayores cuando se produzca la situación de necesidad a la que se trata de responder; y en las mismas circunstancias a las pensiones compensatorias. Justifica así mismo que el importe anticipado sea el total de la pensión que, no olvidemos, un juez ha señalado previamente como necesario.

La eficacia de las garantías privadas cuando el obligado a prestar las pensiones puede afrontarlas, aligeraría sustancialmente la carga del Fondo que, en cualquier caso, debe

14. Esta fiducia o patrimonio de afectación existe ya en Quebec y su Código Civil lo contempla en el artículo 591. Sobre éste y sus ventajas *vid.* Arroyo I Amayuelas, E., «Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿Públicos o privados?», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 3-4, (2004), pp. 209 a 234.

ser dotado de los recursos suficientes para cumplir eficazmente la función para la que ha nacido. No hay ninguna duda de que los ciudadanos darán por bien empleados estos recursos.

CRITERIOS GENERALES DE RESOLUCIÓN EN MATERIA DE RECLAMACIONES ECONÓMICAS ENTRE CONVIVIENTES AMPLIAMENTE INVOCADOS CON LIMITADO RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ

Becario de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia

RESUMEN

Cuando acontece la ruptura de la pareja no casada es relativamente frecuente que las reclamaciones que los convivientes efectúen a los tribunales versen, precisamente, sobre el reconocimiento de pensiones y/o compensaciones. Si a la unión de hecho no le resulta aplicable la normativa autonómica sobre la materia ha de plantear sus pretensiones pecuniarias en base a los diversos criterios generales de resolución establecidos por la jurisprudencia. En el presente estudio examinaremos, además de aquellos criterios que, en la actualidad, gozan de un mayor reconocimiento jurisprudencial, otros con no tanto éxito. La causa no es, en modo alguno, la falta de idoneidad de éstos sino la no concurrencia, en el supuesto sometido a enjuiciamiento, de los presupuestos necesarios para su estimación. Dicho en otros términos, a lo largo de esta investigación, se darán las claves para conocer el criterio de resolución más adecuado para plantear las reclamaciones económicas entre convivientes con especial atención a aquellos que más dificultades pueden plantear en la práctica.

ABSTRACT

When the not married couple's rupture happens it is relatively frequent that the reclamations that the persons living together carry out to the tribunals turn, in fact, on the recognition of annuities and/or compensations. If to the union of fact is not applicable the autonomous normative on the matter he must outline his pecuniary claims basing on the diverse general criteria of resolution settled down by the jurisprudence. Presently study will examine, besides those criteria that, at the present time, have a greater jurisprudencial

recognition, others with not so much success. The cause is not, any way, its lack of suitability but the non concurrence, in the examined assumption of the necessary budgets for its estimate. Said in other terms, along this investigation, will be given the keys to know the most appropriate criterion of resolution to outline the pecuniary claims among persons living together with special attention to those that more difficulties can outline in the practice.

Sumario

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

II. CRITERIOS GENERALES DE RESOLUCIÓN CON MAYOR RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

III. OTROS CRITERIOS GENERALES DE RESOLUCIÓN

III.1. La responsabilidad civil extracontractual

A) Comportamientos culpables de uno de los convivientes con manifestación en diversos momentos de la relación de pareja.

a) Al comienzo de la relación. b) Durante el desarrollo de la convivencia. c) Al final de la unión de hecho.

B) Evolución jurisprudencial respecto a la pertinencia de su aplicación.

III.2. Aplicación analógica del artículo 1438 CC

A) Evolución jurisprudencial en cuanto a la pertinencia de su aplicación.

III.3. La comunidad de bienes

III.4. La sociedad irregular

IV. CONCLUSIONES

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Cuando acontece la ruptura de la pareja no casada el conviviente más perjudicado suele acudir a los tribunales en busca de una solución jurídica que acceda a sus pretensiones pecuniarias[1]. La solución a las diversas cuestiones que se suscitan en materia de uniones de

1. Sobre esta materia puede consultarse López Jiménez, D., *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.

hecho y, en especial, las de índole económica, por vía únicamente jurisprudencial[2], no sólo ha tenido detractores sino también defensores pues, según estos últimos, la reglamentación jurisprudencial vendría a salvar el peligro que representa la legislación de la unión libre que crearía un matrimonio de segunda zona con graves repercusiones sociales, familiares y jurídicas[3].

La reclamación de pensiones y compensaciones entre convivientes ha sido un tema clave[4] que, sin duda, ha generado y seguirá generando numerosa Jurisprudencia[5].

Lo que más llama la atención son dos cuestiones, siendo una consecuencia de la otra. La más significativa es la falta de regulación que, en esta materia, existe a nivel estatal[6] –el legislador autonómico[7] ha tratado de dar solución a este punto, bien reconociéndolo, de manera expresa, a nivel legal[8], bien instando a que los particulares, en base a la autonomía de la voluntad, pacten sobre éstas[9]–, que genera significativos problemas en cuanto a las figuras jurídicas en torno a las cuales han tratado de fundamentarse tales reclamaciones.

No obstante, los problemas no acaban aquí ya que, aunque situaciones muy parecidas han llegado a los tribunales alegando, dicho sea de paso, fundamentos jurídicos muy similares, los fallos judiciales han sido radicalmente diversos u opuestos. Lo único que se ha con-

2. Como dispone Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero–diciembre, 2003, pp. 64 y ss., el recurso jurispudencial, en el campo jurídico-privado o sustantivo, sigue siendo necesario para integrar las lagunas legales ante la imposibilidad constitucional que las Comunidades Autónomas tienen para legislar en materia de parejas no casadas.

3. Agüero de Juan, A., «El fenómeno social y jurídico de las uniones de hecho», en *Parejas de hecho. Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*, Herrera Campos, R. (dir.), Granada, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, p. 26.

4. Hernández Ibáñez, C., *Problemática Jurídica en torno a las uniones de hecho*, Madrid, Asociación de Profesores Jubilados de Escuelas Universitarias, 1995, p. 9; De Amunátegui Rodríguez, C., «La aplicación de las Leyes de Parejas no casadas por parte de los tribunales», *RDP*, septiembre-octubre, 2004, p. 567.

5. Los números de repertorio de las sentencias citadas en este trabajo son de las bases de datos de Westlaw Aranzadi (*www.westlaw.es*), excepto los encabezados con las siglas TOL que se refieren a la base de datos de la Editorial Tirant lo blanch (*www.tirantonline.com*).

6. García Más, F.J., «Las uniones de hecho: su problemática jurídica», *RCDI*, núm. 648, 1998, p. 1520; De Amunátegui Rodríguez, C., *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002, p. 248.

7. En este sentido, se han aprobado la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja; Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables No Casadas; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables; Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho; Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la Regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho; Ley 1/2005, de 16 de mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho de la Comunidad autónoma de Cantabria, y, finalmente, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

8. Tal actuación del legislador autonómico ha resultado muy criticada por autores como Gavidia Sánchez, J.V., «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho Civil», *La Ley*, 1999-5, *www.laley.net*, ya que, en su opinión, la previsión de pensiones compensatorias por desequilibrio constituye un obstáculo ilegítimo a la libre ruptura que la dificulta irrazonablemente si van más allá de compensar el enriquecimiento injusto por el obligado a prestarlas.

9. Bustos Gómez-Rico, M., «Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros», en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, O'Callaghan Muñoz, X. (dir.), *CGPJ*, 1998, pp. 482 y 483.

seguido generar, con esta actitud de los tribunales, es una importante inseguridad jurídica[10] que no tiene vistas a desaparecer, en esta materia, sino todo lo contrario.

II. CRITERIOS GENERALES DE RESOLUCIÓN CON MAYOR RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

En el ámbito de las prestaciones económicas reclamadas, tras la ruptura de la pareja no casada, generalmente por parte de un conviviente hacia el otro o, incluso, entre ambos, en primer término habrá que valorar si nos encontramos ante una unión a la que resulta aplicable la normativa autonómica de parejas no casadas –en el buen entendimiento de que únicamente aquellas con competencias en materia de Derecho Civil[11] reconocen una dualidad de derechos de carácter pecuniario– o ante una pareja que, ante la ausencia de normativa autonómica que le sea aplicable, debe plantear sus pretensiones patrimoniales al amparo de los criterios generales de resolución establecidos, para tal fin, por los propios Tribunales. Tal consideración no debe pasar, en modo alguno, inadvertida pues, qué duda cabe, tal función no corresponde a los Tribunales sino al propio legislador[12] a quien, indudablemente, compete la facultad de aprobar la normativa que, en todo caso, deberá regir el fenómeno de las parejas de hecho disciplinando, entre otras materias, los supuestos en los que, tras la ruptura de la pareja, podrá reconocerse una pensión y/o compensación.

Las figuras jurídicas que se han utilizado son ciertamente muy diversas así como el resultado de las demandas basadas en ellas. Los instrumentos jurídicos que más éxito han tenido[13] son, por este orden, el principio general de evitación del enriquecimiento injusto, la aplicación analógica de la pensión compensatoria[14] y el principio de protección al conviviente más perjudicado o más desfavorecido por la ruptura de la pareja[15].

10. De Amunátegui Rodríguez, C., «Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras, J.M., y Méndez González, F.P. (coords.), Tomo I, 1.ª ed., Colegio de Registradores, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 223, y en «La aplicación de las leyes de pareja...», cit., p. 528; Blanco Pérez-Rubio, L., «Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho», *RDP*, núm. 3, marzo-abril, 2006, p. 4.

11. Sin embargo, la doctrina se ha mostrado crítica –Bercovitz Rodríguez-Cano, R. «La competencia para...», cit., pp. 64 y ss.; García Amigo, M., «Prólogo», en *Prestaciones Económicas como...*, cit., pp. 18 y 19–, en cuanto a la posible competencia que las Comunidades Autónomas ostentan para legislar en materia de parejas no casadas.

12. Es cierto que un sector de la doctrina ha argumentado que, teniendo en consideración que la pareja de hecho es precisamente una relación al margen del Derecho, tales uniones no merecen regulación legal pues, asimismo, con tal actitud se respetaría la voluntad de sus integrantes.

13. Así se constata del análisis de la numerosa jurisprudencia que existe en materia de reclamaciones económicas entre convivientes sin perjuicio de que ciertas resoluciones –SAP de Alicante de 21 de febrero de 2006 (JUR 2006/186628), SAP de Pontevedra de 14 de septiembre de 2006 (JUR 2006/251843) y SAP de Albacete de 29 de diciembre de 2006 (JUR 2007/82291)– ponen de relieve, de manera expresa, los criterios que, en la práctica, por lo que se refiere a la reclamación de pensiones y/o compensaciones, más éxito presentan.

14. Sobre este particular nos remitimos a López Jiménez, D., «La aplicación analógica de la pensión compensatoria como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes», *AC*, núm. 16, 2007, pp. 15 y ss., y en *Prestaciones Económicas como...*, cit., pp. 53 y ss.

15. Sobre esta materia puede consultarse el estudio, al respecto, de López Jiménez, D., *Prestaciones Económicas como...*, cit., pp. 96 y ss.

Según reiterada Jurisprudencia –entre otras, las STS de 6 de febrero de 1992 (RJ 1992/834), STS de 31 de marzo de 1992 (RJ 1992/2315) y STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9733)– para apreciar la existencia de enriquecimiento injusto[16] es necesario que concurran una serie de presupuestos[17] que, de forma resumida, podemos enunciar de la siguiente forma: a) Aumento del patrimonio del enriquecido, ya sea por ingreso en el patrimonio de algo que incremente su valor o por la liberación de una obligación o gravamen; b) Correlativo empobrecimiento del actor que no necesariamente debe ser la salida de bienes del patrimonio, sino que basta con que se produzca una desventaja, como la pérdida de ingresos; c) La relación de causalidad entre el empobrecimiento de uno y el enriquecimiento de otro; d) La falta de causa que impida al enriquecido alegar ninguna razón válida en Derecho para eximirse de la restitución[18]; e) La inexistencia de norma o precepto legal que excluya o impida la aplicación del principio.

Por lo que se refiere a la aplicación analógica de la pensión compensatoria a las parejas no casadas, cabe señalar que se trata de un criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes, a favor del cual se manifestó el TS desde 2001 hasta 2005[19] pues es, precisamente, a raíz de la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148), cuando el Alto Tribunal se posiciona, acertadamente, a favor de la aplicación del principio general de evitación del enriquecimiento injusto como criterio más adecuado para la resolución de las reclamaciones patrimoniales entre los miembros de las uniones de hecho[20]. Sin embargo, las AAPP, en algunos supuestos, se han seguido mostrando a favor de la aplicación analógica del artículo 97 CC[21], mientras que, en otros, por el contrario, siguiendo la línea jurisprudencial establecida por el TS en 2005, han aplicado la doctrina de la evitación del enriquecimiento sin causa[22].

16. Sobre el enriquecimiento injusto o sin causa, puede verse Núñez Lagos, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español,* Madrid, Reus, 1934, publicado años más tarde por el mismo autor, en *Código Civil,* Mucius Scaevola, Q., tomo XXX, vol. 2, Madrid, Reus, 1961, pp. 367 y ss., Roca Sastre, R.M. y Puig Brutau, J., «El enriquecimiento sin causa», en *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, tomo I, Madrid, *Revista de Derecho Privado,* 1948, pp. 485 y ss.; Díez-Picazo, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», discurso leído el 14 de diciembre de 1987 en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987; Díez-Picazo, L. y De la Cámara, M., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa,* Madrid, Civitas, 1988, p. 44; Álvarez Caperochipi, J.A., *El enriquecimiento sin causa,* Granada, Comares, 1989; Lacruz Berdejo, J.L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», en *Estudios de Derecho Privado común y foral*, tomo II, Rams Albesa, J. Corral Dueñas, F. y Lacruz Bescos, J.L. (dirs.), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Bosch, 1992, pp. 305 y ss.; Miquel González, J.M., «Enriquecimiento injustificado (Derecho civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Montoya Melgar, A. (dir.), vol. 2, Madrid, Civitas, 1995, pp. 2804 y ss.

17. Para su detenido análisis se recomienda la consulta de López Jiménez, D., *Prestaciones Económicas como...*, cit., pp. 76 a 79.

18. Tal presupuesto, como pone de relieve la SAP de Alicante de 31 de mayo de 2002 (JUR 2002/200683), se refiere, naturalmente, a la falta de una justificación jurídica que no ética pues, en este último caso, nos encontraríamos ante una obligación natural.

19. Entre otras, las STS de 5 de julio de 2001 (RJ 2001/4993) y STS 16 de julio de 2002 (RJ 2002/6246).

20. En el mismo sentido, las STS de 5 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10185), STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006/831) y STS de octubre de 2006 (RJ 2006/8976).

21. Así, las SAP de Las Palmas de 23 de marzo de 2006 (JUR 2006/156457), SAP de Cantabria de 2 de junio de 2006 (JUR 2006/174320), SAP de Asturias de 22 de junio de 2006 (JUR 2006/246291), SAP de Pontevedra de 18 de julio de 2006 (JUR 2006/224852), SAP de Madrid de 20 de marzo de 2007 (JUR 2007/313971), SAP de Madrid de 25 de junio de 2007 (JUR 2007/310409) y SAP de Tarragona de 16 de julio de 2007 (JUR 2007/292434).

22. Pueden destacarse, entre otras, las SAP de Vizcaya de 9 de noviembre de 2005 (AC 2006/248), SAP de Sevilla de 3 de febrero de 2006 (JUR 2006/180624), SAP de Murcia de 7 de febrero de 2006 (JUR 2006/141698), SAP de Burgos de 22 de febrero de 2006 (JUR 2006/133769), SAP de Pontevedra de 4 de mayo de 2006 (JUR 2006/158715), SAP de A Coruña de 31 de enero de 2007 (JUR 2007/138873), SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2007 (AC 2007/1401), SAP de Barcelona de 15 de febrero de 2007 (JUR 2007/204745), SAP de Cádiz de 12 de abril de 2007 (JUR 2007/202080), SAP de las Islas Baleares de

La aplicación analógica de preceptos relativos al matrimonio, para la resolución de las controversias patrimoniales entre convivientes, no nos parece, en ningún caso, la solución más idónea. En efecto, como bien determina la STS de 12 de septiembre de 2005, en la actualidad las parejas no casadas están constituidas por personas que en absoluto desean contraer matrimonio. Con la aprobación de la Ley que reforma el Código Civil a fin de permitir el matrimonio homosexual puede afirmarse que quien no da el salto al matrimonio es porque, independientemente del motivo o causa de que se trate, no desea contraer nupcias. Antes de la aplicación analógica de la pensión compensatoria a las parejas no casadas el Alto Tribunal venía aplicando, respecto a la resolución de las diferencias económicas entre convivientes, otras soluciones que no tenían su razón de ser en el matrimonio como el principio general de evitación del enriquecimiento injusto. El recurso, de nuevo, a este principio denota, a todas luces, un retorno al criterio general de resolución establecido y aplicado en origen para resolver las controversias económicas entre los convivientes.

El principio general de protección al conviviente más perjudicado o más desfavorecido por la situación de hecho resultó ser una original creación de nuestro Tribunal Supremo que se estimó de aplicación en el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento en la STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1272). Se trata de un principio general que ha resultado invocado y aplicado, en diferentes supuestos, por parte de diversas resoluciones jurisprudenciales posteriores, no sólo a nivel de Juzgados[23], Audiencias[24] y Tribunales Superiores de Justicia[25], sino también por parte del Alto Tribunal[26].

En contra de lo que pudiera considerarse, para la aplicación del principio mencionado no resulta preciso el cumplimiento, y correspondiente acreditación, de determinados presupuestos, a diferencia de lo que sí acontece, como hemos visto, en otros principios como el de evitación del enriquecimiento injusto, por lo que sería perfectamente posible su invocación en todos los procesos en los que se estuviesen ventilando diversas cuestiones consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas[27].

24 de mayo de 2007 (JUR 2007/287502), SAP de Madrid de 17 de junio de 2007 (JUR 2007/246437), SAP de Badajoz de 10 de julio de 2007 (JUR 2007/318174) y SAP de Madrid de 24 de julio de 2007 (JUR 2007/326347).

23. Así, la SJPI de Santander de 7 de febrero de 2005 (AC 2005/331).

24. Tal principio ha resultado invocado, con cita de la importante STS de 10 de marzo de 1998, por, entre otras, las siguientes resoluciones: la SAP de Vizcaya de 11 de diciembre de 1998 (AC 1998/2598), SAP de Las Palmas de 13 de mayo de 2003 (AC 2003/1592), SAP de Las Palmas de 17 de diciembre de 2004 (AC 2005/211), SAP de La Coruña de 23 de febrero de 2005 (AC 2005/371) y STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2007 (RJ 2007/6183).

25. Cabe destacar la STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2001 (RJ 2001/8169).

26. En este sentido, las STS de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001/4770), STS de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/4), STS de 14 de mayo de 2004 (RJ 2004/3477) y STS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7385).

27. López Jiménez, D., *Prestaciones Económicas como...*, cit., p. 98.

III. OTROS CRITERIOS GENERALES DE RESOLUCIÓN

Aunque los criterios de resolución que acabamos de examinar son los que, desde el punto de vista jurisprudencial, han acreditado más éxito, se observa, en ciertos supuestos, un cierto desconcierto pues, como se deduce de la lectura de las sentencias que se ocupan de resolver la reclamación de pensiones y/o compensaciones, junto a tales fundamentos jurídicos –principio general de evitación del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de la pensión compensatoria y principio general de protección al conviviente más desfavorecido o perjudicado–, en las demandas planteadas se alegan, de manera subsidiaria, otros criterios, en virtud de los cuales se pretenden justificar la pertinencia de reclamaciones pecuniarias, en materia de uniones de hecho, cuales son el deber de alimentos, la obligación natural, la responsabilidad civil extracontractual, la aplicación analógica del artículo 1438 CC, la comunidad de bienes y la sociedad irregular.

La alegación de tales fundamentos jurídicos o criterios generales de resolución ha sido y es todavía en la actualidad relativamente frecuente, si bien, al no concurrir los presupuestos precisos para su estimación, resultan rechazadas las pretensiones patrimoniales reclamadas en virtud de éstos. Dicho de otra forma, como seguidamente veremos –apartados 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4–, para el reconocimiento de pensiones y/o compensaciones, en base a ciertos criterios generales de resolución que, en último término, enunciamos –responsabilidad civil extracontractual, aplicación analógica del artículo 1438 CC, comunidad de bienes y sociedad irregular– resulta indispensable la concurrencia y correspondiente acreditación de rigurosos presupuestos cuya ausencia determinará, de manera inexorable, la desestimación de las pretensiones efectuadas en virtud de éstos. Existen dos de ellos que, a continuación, estudiaremos cuales son los alimentos y la obligación natural.

Por lo que a los alimentos entre convivientes tras la ruptura se refiere cabe indicar, en primer lugar, que no representa un deber, en modo alguno, reconocido a nivel legal[28]. En lo que al particular respecta, de nuevo, debe tenerse en consideración, por un lado, si nos encontramos ante una unión sometida a la aplicación de las determinaciones contempladas en la normativa autonómica vigente en materia de uniones no matrimoniales[29] o, por el contrario, no le resulta aplicable tal legislación viéndose, de este modo, los convivientes avocados a plantear sus reclamaciones económicas en base a los criterios generales de resolución ideados o establecidos por la Jurisprudencia. Por otro, debe prestarse especial atención al momento preciso de la relación de pareja en el que la unión se encuentre.

28. López Jiménez, D., «El deber de alimentos como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 34, enero-marzo, 2007, p. 65.

29. Durante la vigencia de la relación tres Comunidades Autónomas –Cataluña, Aragón y Baleares– establecen la obligación de alimentos entre convivientes. Entendemos que, de acuerdo con Cuervo, E. y Alfageme, S., *¿Me caso o convivo?*, Barcelona, De Vechi, 2007, p. 75, allí donde una Ley autonómica establece, de forma imperativa, la obligación alimenticia entre convivientes, durante la relación de pareja, éstos no pueden pactar la supresión de tal deber pues, obviamente, los pactos que podrán efectuarse, al amparo de las diversas Leyes autonómicas, deberán respetar el contenido imperativo que dichas normas establezcan.

A nivel autonómico –Cataluña[30], Aragón[31], Navarra[32], Baleares[33] y País Vasco[34]–, como es sabido, tras la ruptura de la pareja, se reconoce la posibilidad de reclamar, por un lado, una pensión de carácter alimenticio así como, además, una compensación económica por enriquecimiento injusto siendo, ambas prestaciones, compatibles entre sí, si bien, para su apreciación favorable, resultará precisa la concurrencia de los rigurosos presupuestos establecidos, al efecto, por el legislador autonómico. Tal extremo se confirma tras la lectura de las sentencias dictadas sobre la materia. En efecto, cuando se reclaman pensiones o compensaciones, en atención a la normativa autonómica aplicable al respecto, son ciertamente escasas las resoluciones que reconocen algún tipo de pensión y/o compensación e, incluso, menor, obviamente, el reconocimiento, en el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento, de la doble compensación[35] que, en los casos enunciados, es posible a tenor de la Ley.

Si no es aplicable la normativa autonómica, el miembro de la pareja no casada que pretenda solicitar una pensión alimenticia al que era su compañero debe considerar que únicamente prosperará tal pretensión –pues no resulta, en ningún caso, posible al amparo del Código Civil– si, antes de la ruptura, se hubiese pactado su reconocimiento. La libertad contractual, a la hora de reconocer alimentos, debe estimarse plenamente posible, incluso, tras la ruptura de la relación de pareja aunque, naturalmente, será más infrecuente por las desavenencias obvias que existirán entre los que, en el pasado, eran integrantes de una pareja no casada. En este sentido, uno de los convivientes será libre, al amparo del artículo 1255 CC, para reconocer alimentos, con respecto al que era su compañero, antes, durante y tras la celebración del juicio en el que se haya discutido si, en el supuesto concreto, resulta o no procedente el reconocimiento de alimentos.

Debe, asimismo, valorarse la posibilidad de que uno de los convivientes, en virtud de la figura de la obligación natural, decida reconocer a su pareja alimentos. Aunque representa un criterio de resolución todavía invocado para demandar ciertas pretensiones pecuniarias, su reconocimiento jurisprudencial, en la actualidad, es sensiblemente limitado, todavía más, si cabe, que los demás. De hecho, el Alto Tribunal únicamente aplicó la figura que examinamos en dos supuestos: las SSTS de 9 de mayo de 1914 y 17 de octubre de 1932. Llama la atención la antigüedad de ambas resoluciones cuya cita, sin embargo, continúa siendo una constante entre las sentencias que versan sobre reclamaciones económicas entre convivientes. La invocación del criterio que estudiamos resulta procedente constante la relación si bien no lo es tanto tras la ruptura salvo que, por ejemplo, de la actuación de uno de los convivientes pueda deducirse que, al amparo de tal figura, quiso reconocer, a lo largo

30. Para más detalle sugerimos la lectura de López Jiménez, D., *Prestaciones Económicas como...*, cit., pp. 142 y ss.

31. Por lo que se refiere al examen de las pensiones y compensaciones en el ámbito de la Ley aragonesa nos remitimos a López Jiménez, D., «Análisis legislativo y jurisprudencial de las compensaciones económicas en caso de ruptura en el ámbito de la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables No Casadas», *Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, núm. 18, febrero, 2007, pp. 11 y ss.

32. Sobre esta cuestión puede verse López Jiménez, D., *Prestaciones Económicas como...*, cit., pp. 173 y ss.

33. Al respecto cabe consultar el estudio de López Jiménez, D., *Prestaciones Económicas como...*, cit., pp. 178 y ss.

34. Para mayor detalle se aconseja la consulta de la obra de López Jiménez, D., *Prestaciones Económicas como...*, cit., pp. 185 y ss.

35. Así, a título de ejemplo, en el caso de la aplicación de la Ley de parejas de Cataluña, tras la revisión de las bases de datos de jurisprudencia –Westlaw y Tirant lo blanch–, únicamente hemos identificado tres resoluciones que, de acuerdo con la citada Ley, reconocen la doble compensación. Se trata de la SAP de Barcelona de 2 de abril de 2004 (JUR 2004/190561), STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005/7750) y SAP de Barcelona de 2 de febrero de 2006 (JUR 2006/112299).

de la relación de pareja, la concesión de una cantidad económica que, naturalmente, podrá adoptar la forma de pensión o compensación.

Durante la relación de pareja, excepto en las uniones a las que resulte aplicable la normativa de parejas no casadas de Cataluña, Aragón y Baleares[36], a falta de pacto entre los convivientes, la prestación alimenticia deberá configurarse como una simple obligación natural[37]. Es decir, nos encontramos ante obligaciones imperfectas en las que el acreedor no dispone de ningún medio coercitivo para exigir su cumplimiento sino que se debe esperar a que, de manera voluntaria, se produzca su cumplimiento.

Y es que, como es sabido, la pareja no casada no está sometida a un deber de socorro o ayuda mutua similar a la relación conyugal. En este ámbito, las entregas realizadas por uno de los convivientes hacia el otro responden, de acuerdo con el artículo 1091 CC, a una justa causa no siendo, en consecuencia, repetibles. Aunque el régimen legal es el que enunciamos, es muy probable que si durante la relación de pareja uno de los convivientes precisa la asistencia económica, para la adquisición de alimentos, en el sentido amplio del término, que a continuación veremos, el otro, de manera espontánea, la preste pues es muy probable que en caso contrario tal motivo, así como otros asimilables, avocarían a su ruptura. Las aportaciones realizadas por tal concepto son, como hemos señalado, irrepetibles.

Conviene hacer notar que a la obligación de alimentos regulada en el artículo 142 CC se le atribuye un significado que trasciende el estrictamente alimenticio, en sentido vulgar, que abarca las necesidades de cualquier persona[38]. Dicho de otra forma, con la palabra «alimentos», objeto de regulación por parte del precepto enunciado, se designan todos aquellos medios necesarios para la subsistencia, pero no sólo los relativos a la comida –alimentación– sino también a los de la vida que comprenden, incluso, los de educación[39].

Recapitulando, la falta de una normativa específica, a nivel estatal, en materia de parejas no casadas en general y, sobre todo, por lo que se refiere a reclamaciones económicas a la ruptura o extinción de la unión ha dado origen a una jurisprudencia disímil[40] en la que, como hemos manifestado en reiteradas ocasiones, se aplican, para el reconocimiento de pensiones y/o compensaciones económicas, criterios o fundamentos jurídicos ciertamente diversos.

36. En efecto, en tales autonomías las respectivas Leyes de pareja establecen, de manera imperativa, la obligación que los convivientes tienen, durante la duración de la unión, de prestarse alimentos por lo que en estos supuestos no podrá, en rigor, hablarse de obligación moral o natural sino de obligación jurídica.

37. Pastor Álvarez, M.C., *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, Universidad de Murcia, 1998, p. 170; Martínez Rodríguez, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid, La Ley, 2002, pp. 78 y 352; Verdera Izquierdo, B., «Artículo 6. Derecho de alimentos», en *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Islas Baleares*, Ferrer Vanrell, M.P. (coord.), Mallorca, Institut d'Estudis Autonómics, 2007, p. 160.

38. Merino y Hernández, J.L., *Manual de las parejas estables no casadas*, Zaragoza, Librería General D.L., 1999, p. 108.

39. Blanco López, J., «Los alimentos entre parientes», en *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia*, tomo IV, Lledó Yagüe, F. (dir.) y Monje Balsameda, O. (coord.), 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, p. 409; Albaladejo García, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 10.ª ed., Madrid, Edisofer, 2006, p. 15; O'Callaghan Muñoz, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 5.ª ed., Madrid, La Ley, 2006, p. 212.

40. Tal extremo es puesto de relieve, entre otras, por la SAP de Guipúzcoa de 3 de mayo de 2007 (AC 2007/2099).

En el presente estudio examinaremos, de manera independiente y rigurosa, los presupuestos necesarios para el reconocimiento de una pensión y/o compensación económicas entre convivientes en virtud de las figuras jurídicas más alegadas, pero menos estimadas, para tal fin.

Debe considerarse que, en algunas ocasiones, la vía en base a la cual podrá demandarse y, de concurrir los presupuestos precisos, reconocerse una justa compensación económica, debida por parte de uno de los convivientes hacia el otro, será en base a alguno de los criterios generales de resolución minoritarios. En definitiva, el objeto del presente estudio será poner de manifiesto así como analizar, de manera completa e independiente, los supuestos así como los elementos precisos para que las reclamaciones económicas de los convivientes, en base a tales instrumentos jurídicos, prosperen.

III.1. La responsabilidad civil extracontractual

La posibilidad de lograr algún tipo de prestación de carácter económico, en consideración a la invocación del artículo 1902 CC[41], no ha corrido tanta suerte como otros de los argumentos jurídicos en base a los cuales se han tratado de fundamentar la razón y pertinencia de tales compensaciones cuales son, los ya enunciados, el principio de evitación del enriquecimiento injusto o la aplicación analógica de la pensión compensatoria.

La invocación de tal precepto del Código Civil ha tenido lugar en un número muy significativo de ocasiones con un reconocimiento jurisprudencial, sin embargo, ciertamente escaso teniendo en cuenta el resto de los argumentos jurídicos que han servido y sirven de base para fundamentar gran parte de las pretensiones económicas entre los convivientes una vez rota la convivencia.

No obstante, hemos de considerar que la fundamentación de diversas pretensiones económicas, como consecuencia de ciertos actos culpables de uno de los convivientes, necesariamente será el artículo 1902 CC, a pesar de las dificultades que tal actuación tendrá que superar[42].

Las personas que deciden unirse como pareja de hecho, lo hacen de forma voluntaria y libre, aspectos que también deben estar presentes, y de hecho así es, en el momento de la ruptura. Ciertamente, tal ruptura puede obedecer a muchos motivos, y todos ellos son, sin ningún género de dudas, muy distintos entre sí. Dentro de tales causas, se encuentra la ruptura unilateral por parte de uno de los miembros de la pareja, sin que tal hecho constituya en ningún caso un acto en sí mismo culpable.

41. Dispone el artículo 1902 del CC que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Como vemos, teniendo en cuenta la literalidad del precepto, son precisos cuatro requisitos para poder apreciar responsabilidad civil extracontractual, a saber: 1. Una acción u omisión: propia, o de otra persona o de las cosas; 2. Una relación de causalidad entre la acción y los daños; 3. Unos daños; 4. Que intervenga culpa o negligencia, es decir, que no toda acción u omisión origina responsabilidad civil sino sólo la que sea culposa o negligente.

42. De Amunátegui Rodríguez, C., *Uniones de hecho...*, cit., p. 249.

La ruptura de la convivencia, como determinan tanto la doctrina[43] como la Jurisprudencia[44], es un acto amparado por la libertad individual, no pudiendo, en modo alguno, considerarse una actuación dolosa o negligente a los efectos del artículo 1902 CC, regulador de la responsabilidad civil extracontractual.

En realidad, existen dos posturas aparentemente antagónicas, por lo que se refiere a la posibilidad de obtener, con base en el artículo 1902 CC, una indemnización por ruptura. Una primera, considera que la unión de hecho se caracteriza frente al matrimonio, por la posibilidad de la libre ruptura, por lo que no se puede penalizar mediante el establecimiento de una obligación de indemnizar. Una segunda opinión doctrinal entiende que la libertad que preside este tipo de uniones no puede suprimir ni limitar el juicio culpabilístico que, para dar nacimiento a la obligación de reparar, exige el artículo 1902 CC. La contradicción entre ambas posturas es más aparente que real, ya que ambas convergen al apreciar que, si bien es cierto que el simple hecho de poner fin a una relación extramatrimonial no es algo ilícito, sí puede llegar a serlo en virtud de especiales circunstancias concurrentes en el momento de inicio de aquella relación o en su cese: que se haya prestado el consentimiento a la unión a través de la seducción, abuso de autoridad, promesa de matrimonio, que la ruptura se realice de forma intempestiva, que uno de los convivientes tenga una edad avanzada, etcétera. En tales circunstancias sí podría estar justificado el recurso al artículo 1902 CC[45].

Habrá que examinar si, en el supuesto concreto, concurren los presupuestos precisos, para, en base a las figuras existentes en el Derecho común, poder así fundamentar la concreta reclamación del conviviente que decida acudir a los tribunales[46].

No obstante, tal ruptura podrá generar derecho a indemnización a favor del otro conviviente en un supuesto. Nos referimos a los comportamientos de uno de los miembros de

43. Entre otros, Miralles González, I., «A propósito de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, de relaciones de hecho. Una lectura civil», *RJC*, 1993-3, p. 80; Gallego Domínguez, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Registrales, 1995, pp. 312 y 313; García Rubio, M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho,* Madrid, Civitas, 1995, p. 210; Roca Guillamón, J., «Las cargas de la familia de hecho», en *Parejas de hecho. Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*, Granada, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, p. 92; Llebaría Samper, S., «Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996», *La Ley*, 1997-5, pp. 1626 y 1627; Mesa Marrero, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos,* 2.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2000, p. 229; Cantero Núñez, F.J., «Uniones de hecho», en *Instituciones de Derecho Privado*, Delgado De Miguel, J.F., (Coord.), tomo IV, vol. 1, Civitas, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 433 y ss.; López Azcona, A., *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 65; Oliva Blázquez, F., «Doctrina jurisprudencial sobre la reparación patrimonial en caso de ruptura de las uniones de hecho, *RdPat*, núm. 9, 2002-2, p. 602; Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre miembros de la pareja de hecho», *RdPat*, núm. 10, 2003, p. 81; Lacruz Berdejo, J.L. y Rams Albesa, J., *Elementos de Derecho Civil. Familia,* tomo IV, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 288 y 297.

44. Como ejemplos jurisprudenciales cabe citar, entre otras, la STS de 9 de abril de 1979, STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9733), SAP de Asturias de 22 de junio de 1994 (AC 1994/1156), SAP de Barcelona de 17 de enero de 2000 (AC 2000/1134), STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148), SAP de Vizcaya de 9 de noviembre de 2005 (AC 2006/248), SAP de Burgos de 22 de febrero de 2006 (JUR 2006/133769) y SAP de Pontevedra de 4 de mayo de 2006 (JUR 2006/158715).

45. Sánchez González, M.P., *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005, p. 205.

46. Nos estamos refiriendo a la doctrina del enriquecimiento injusto, la aplicación analógica de la pensión compensatoria, el principio general de protección del conviviente más perjudicado o más desfavorecido como consecuencia de la ruptura, la aplicación analógica del artículo 1438 CC, el cumplimiento de una obligación natural, la comunidad de bienes y la sociedad irregular.

la pareja en los que, en efecto, exista una actitud reprochable y culposa[47] que pueda dar origen a tal derecho, y podrá tener lugar al inicio de la relación, en su desarrollo, o en su etapa final. Debemos tener presente que tal indemnización no se funda en la ruptura en sí sino en el hecho ilícito cometido, por un conviviente hacia su compañero, en otro momento temporal[48].

A) Comportamientos culpables de uno de los convivientes con manifestación en diversos momentos de la relación de pareja

Existen actuaciones o comportamientos culpables cometidos en el marco de una unión de hecho, por parte de uno de los convivientes, que generan, a favor del otro miembro de la pareja, el derecho a percibir una indemnización, por este concepto. Tales actuaciones pueden acontecer en cualquier momento del desarrollo de la convivencia de la pareja *more uxorio*, es decir, a su comienzo, en su desarrollo o en su etapa final sin que, en ningún caso, se deba considerar que la indemnización que se obtiene, en este último momento de la relación, lo es por la ruptura sino que tiene su origen en el acto culpable cometido en la fase final de la relación. Tales comportamientos tienen todos en común el hecho de ser cometidos por parte de uno de los miembros de la pareja hacia el otro, ser actuaciones dolosas, generadoras de un daño en la persona del otro conviviente y que se reclamarán tras la ruptura de la unión.

La existencia de dolo y daño son, ciertamente, difíciles de probar pero, en caso de acreditarse, el miembro de la pareja de hecho perjudicado por las actuaciones del otro tendría, con base en el artículo 1902 CC, derecho a percibir una indemnización.

a) Al comienzo de la relación

Los supuestos que podemos englobar en este momento temporal tienen como común denominador el hecho de que ambos tratan, a través del engaño, de inducir a la convivencia. Las excusas que uno de los convivientes puede aducir con el fin de que el otro acceda a convivir con él, son infinitas. Así, cabe referirse a dos supuestos[49] sobre los que nuestra Jurisprudencia ha tenido la ocasión de pronunciarse. El primero, se refiere al engaño sobre la promesa de matrimonio –y en base a ese motivo comienza la convivencia–, que, posteriormente, se incumple con la ruptura de la unión y el segundo hace alusión a la ocultación del conviviente de su condición de casado.

Comenzando por el análisis del primero de los supuestos enunciados, cuando un sujeto hace a una promesa de matrimonio con la intención de no cumplirla desde su origen, y con la única finalidad de conseguir mantener relaciones sexuales con la otra persona, debe responder del daño causado, teniendo en consideración el artículo 1902 CC, debiendo indemnizar todos los daños materiales y morales derivados de tal engaño, por lo que se

47. Cantero Núñez, F.J., «Uniones de...», cit., pp. 433 y ss.; Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., pp. 80 y ss.

48. Gallego Domínguez, I., *Las parejas no casadas y...*, cit., p. 316; Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., pp. 82 y 83.

49. Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., pp. 84 y ss., cita, además, la inducción a la convivencia prevaliéndose uno de los convivientes de una posición de superioridad hacia el otro y la inducción a la convivencia mediante intimidación.

incluirían los producidos por tal convivencia, pues están estrechamente ligados al engaño sobre la promesa de matrimonio –cambio de domicilio, renuncia al empleo que se tenía antes del cambio de residencia, merma de sus capacidades profesionales, etc.–. No obstante, cabe considerar que, si estamos ante una convivencia estable muy prolongada en el tiempo, la inicial promesa de matrimonio parece tener vistas a, efectivamente, no cumplirse, por lo que el conviviente inicialmente engañado parece estar aceptando tal situación, sospechando –o sabiendo– que la promesa de matrimonio no se cumplirá y, en cierto sentido, desaparece la responsabilidad por dolo[50].

Debe diferenciarse netamente del anterior supuesto el caso en el que la promesa de matrimonio se hace de manera cierta y con una firme convicción de ser cumplida, pero, por el motivo que sea, no se cumple. Tal acto resulta plenamente lícito y amparado por la libertad individual. En cualquier caso, la diferencia entre ambos estriba en el ánimo con el que la promesa de matrimonio se efectuó y, por tanto, sólo susceptible de ser efectivamente conocida por parte de la persona que efectúa tal promesa. No obstante, centrándonos en el supuesto en el que la promesa de matrimonio se hace con la intención de ser cumplida, cabe apuntar que el compañero abandonado sólo podrá reclamar los daños que le permite el artículo 43 CC[51].

El segundo supuesto, al que antes hacíamos referencia, está relacionado con la inducción a la convivencia a través de la ocultación o engaño, de uno de los convivientes con respecto al otro, del estado civil de casado. Asimismo, tal hecho debió ser el motivo determinante en virtud del cual se inició la convivencia, pues, en caso de que inicialmente se desconociese, si, posteriormente, se conoce y se continúa con la relación se está aceptando tácitamente por lo que no sería, en ningún caso, indemnizable[52].

b) Durante el desarrollo de la convivencia

En el transcurso de la relación de pareja puede suceder que uno de los miembros de la unión incumpla ciertos deberes de naturaleza personal –como la fidelidad, el respeto, la ayuda mutua, etc.– que debería de respetar espontáneamente y, como consecuencia de tal incumplimiento, lesione ciertos bienes o derechos del otro conviviente. Si el conviviente

50. Gallego Domínguez, I., *Las parejas no casadas y...,* cit., p. 318; García Rubio, M.P., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 409 y 410; Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., p. 86.

51. Así lo ha entendido la Jurisprudencia en diversas resoluciones. En este sentido, la SAP de Zaragoza de 11 de febrero de 1994 (TOL 377192), SAP de Almería de 24 de octubre de 1994 (AC 1994/2380), SAP de Zaragoza de 10 de marzo de 1999 (TOL 391367), SAP de Barcelona de 17 de enero de 2000 (AC 2000/1134), SAP de Asturias de 15 de noviembre de 2000 (AC 2000/2310), SAP de Teruel de 21 de diciembre de 2000 (TOL 395320), SAP de Granada de 11 de diciembre de 2003 (TOL 351195), SAP de Madrid de 24 de marzo de 2004 (JUR 2004/248652), SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004/303882), SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005 (AC 2005/1833), SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 2005 (TOL 632838), SAP de Santander de 7 de junio de 2005 (TOL 763027) y SAP de Alicante de 14 de diciembre de 2005 (TOL 888946).

52. Así lo ha considerado tanto la doctrina como la Jurisprudencia. En el primer sentido, cabe citar, entre otros, a Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., p. 88. Un ejemplo representativo, vía jurisprudencial de lo que comentamos, es la STS de 9 de abril de 1979, resolución curiosa pues, en ésta, la conviviente, tras la ruptura, solicitó una indemnización, en virtud del artículo 1902 CC, por los daños morales. Normalmente, suele reclamarse la reparación de daños económicos tras la ruptura de la convivencia. El TS, en este caso, entiende que no existe engaño, por lo que considera, de manera implícita, que la ruptura, por sí misma, no da lugar a responsabilidad alguna.

perjudicado consigue probar un daño moral o patrimonial podría lograr, con base en el artículo 1902 CC, una indemnización.

De este modo, con base jurídica en el artículo 1902 CC, se podrían solicitar importantes indemnizaciones, que, por el momento, parecen haber sido escasamente planteadas en España[53] por este concepto y no es otro que el contagio de SIDA –u otro tipo de enfermedad venérea– causado por parte de uno de los miembros de la pareja hacia el otro.

En este sentido, interesa poner de relieve la complejidad del tema que estamos poniendo de manifiesto pues se podría también argumentar, por quienes no estuviesen de acuerdo con tales razonamientos, que tal reclamación, a la luz del artículo 1902 CC, no tendría éxito alguno, porque se deberían haber adoptado, por parte del conviviente contagiado, medidas de protección especiales, por lo que se diría que, incluso, podría existir una concurrencia de culpas entre ambos integrantes de la pareja ya que el portador de tal virus fue negligente o culpable en cuanto a la realización de actividades de riesgo que pudiesen implicar el contagio de tal enfermedad a la otra parte –si es que era consciente de que era portador de tal enfermedad– y si, efectivamente, conocía ser portador del VIH por no habérselo comunicado a su pareja y el otro conviviente contagiado por no adoptar medidas de protección especiales.

Sería preciso conocer o, al menos, tratar de indagar, por cuanto consideramos que sería importante, a los efectos de poder fundamentar la reclamación económica del miembro de la pareja infectado, cómo tuvo lugar el contagio de su compañero que fue quien, en definitiva, se la transmitió pues, a nuestro modo de ver, no se ha de tratar de la misma manera el caso si el conviviente contrajo tal enfermedad a causa de una transfusión de sangre –o de un motivo ajeno a su voluntad– que si fue contraído por la práctica de relaciones sexuales con su pareja, infectado como consecuencia de relaciones de riesgo con otras personas, siendo, además, estas últimas constitutivas de infidelidades hacia el otro miembro de la pareja.

Otro problema que podría llegar a plantearse es el de saber, con un cierto grado de veracidad, cuál de los dos convivientes contrajo primero la enfermedad para determinar quién se la contagió a quién. Es evidente que nos encontramos ante supuestos en los que probar las circunstancias que probablemente motivaron el contagio de uno de los miembros de la pareja puede resultar muy difícil y, en muchos casos, lo será en base a indicios[54].

53. El único ejemplo existente, al respecto, lo encontramos en la SAP de Baleares de 14 de septiembre de 2001 (AC 2001/2221). El supuesto de hecho enjuiciado en la citada sentencia es el de un matrimonio en el que la esposa, como consecuencia de las actividades de riesgo que su marido había venido realizando, tanto antes como durante la relación matrimonial, se vio contagiada del virus del SIDA. Teniendo en cuenta las relaciones sexuales de alto riesgo con terceras personas –de su mismo y de distinto sexo– por parte del esposo, quedó acreditado que fue él quien primero contrajo la enfermedad y que, como consecuencia de la práctica de relaciones sexuales con su esposa, esta última se vio contagiada por la citada enfermedad. Finalmente, la AP confirmó la sentencia dictada en primera Instancia, en la que se condenaba al demandado a abonar a la actora la cantidad de 30.000 euros. Aunque el supuesto enjuiciado, en el presente caso, es el de una unión conyugal, la argumentación y observaciones presentes en dicha sentencia serían perfectamente extrapolables a las uniones de hecho.

54. En este sentido, podría probarse que uno de los convivientes no padecía SIDA, en determinados momentos, en base a analíticas de sangre u otras pruebas de carácter médico que apunten en tal sentido, pues, en muchos casos, tratar de fundamentar la presumible fidelidad de uno de los miembros de la pareja puede resultar muy difícil, ya que se combatirá con las argumentaciones de la otra parte siendo la palabra de uno contra la del otro. Así, uno de los convivientes podría tratar de fundamentar la infidelidad del otro miembro de la pareja en base a testigos o, si tuviese en su poder pruebas médicas que pudiesen denotar algún tipo de enfermedad cuya transmisión sea por vía sexual, ya se estaría poniendo de relieve que su pareja mantuvo relaciones con terceros y que fue el que contrajo, en primer término, la enfermedad contagiándosela, posteriormente, a su pareja.

Respecto a la observación de que la práctica de relaciones sexuales por parte de uno de los convivientes con terceros –ya sean éstos de su mismo o distinto sexo– se podría advertir que en las uniones de hecho no existe el deber de fidelidad presente entre los cónyuges. A nuestro modo de ver, si estamos ante una verdadera pareja de hecho, uno de sus caracteres esenciales es, precisamente, la monogamia[55], por lo que la práctica de relaciones con terceros daría lugar a que esa relación no pudiese ser calificada, en ningún caso, de unión de hecho –nótese, en este sentido, la diferencia con respecto al matrimonio pues éste es también monógamo pero subsiste a pesar de la infidelidad–. De todo lo señalado se deduce que el deber de fidelidad queda embebido por el carácter monógamo de la pareja siendo este último un requisito necesario de la unión no matrimonial.

c) Al final de la unión de hecho

Como en el resto de los momentos temporales señalados, también en el momento final de la unión de hecho pueden existir ciertas actuaciones, por parte de uno de los convivientes, ciertamente culpables o reprochables, que generarían, con base en el artículo 1902 CC, derecho a indemnización. Tales actuaciones culposas son el hecho generador de la indemnización pero acontecidas en un momento temporal muy concreto: la etapa final de la vida en pareja o, incluso, en el momento de la misma ruptura[56]. Tales hechos son la causa de la indemnización, y no la simple ruptura de la pareja, ya que, por muy brusca que ésta sea, no cabe indemnización alguna por tal concepto[57].

B) Evolución jurisprudencial respecto a la pertinencia de su aplicación

La reclamación entre convivientes a la ruptura de la relación de pareja, en base al artículo 1902 CC, ha sido sistemáticamente negada por parte de los tribunales –con la excepción, entre otras, de la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020), y la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148)–. Dentro de tal grupo de sentencias cabe citar, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1992[58] (RJ 1992/9733), la SAP de Asturias de 22 de junio de 1994[59] (AC 1994/1156). De la lectura de las resoluciones apuntadas se deduce que el recono-

55. Pérez Vallejo, A.M., *Autorregulación en la Convivencia de hecho (a propósito de las recientes disposiciones prelegislativas y legislativas tendencialmente más dispositivas)*, Almería, Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, 2000, p. 18; Romero Pareja, A., «Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales», *La Ley*, núm. 5757, 9 de abril de 2003, *www.laley.net.*

56. Como ejemplo de tal actuación cita Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., p. 92, al compañero que rompe la relación y, en el momento de la ruptura, lesiona el derecho al honor o a la intimidad del otro conviviente difamándole delante de otras personas o divulgando hechos íntimos.

57. Sin embargo, parte de la doctrina considera que cabe una indemnización en los casos de una ruptura brusca o intempestiva por parte de uno de los convivientes hacia el otro que resulta abandonado, con independencia de que, en el inicio de la convivencia, haya podido apreciarse una actitud culpable en alguno de los miembros de la pareja de hecho. Así, Mendieta Jaramillo, L.M., «Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho», *Act. Civ.,* núm. 1, 1990, p. 214; Gallego Domínguez, I., *Las parejas no casadas y...,* cit., p. 319; Cantero Núñez, F.J., «Uniones de...», cit., pp. 433 y ss.; Lacruz Berdejo, J.L. y Rams Albesa, J., *Elementos de Derecho...,* cit., p. 303. En contra de tal opinión, Miralles Gonzalez, I., «A propósito de...», cit., p. 80; Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., pp. 91 a 93.

58. Ante una demanda en la que se solicitaba que se declarase la existencia de una comunidad de los bienes adquiridos durante la convivencia y, subsidiariamente, el derecho a una indemnización sostiene que, tal indemnización, no puede sostenerse en el artículo 1902 CC sino en la teoría del enriquecimiento injusto.

59. Rechaza la pretensión formulada, de modo subsidiario, de la parte actora de que le reconociese una indemnización con base en el artículo 1902 CC pues «la culpa extracontractual o aquiliana exigiría que se apreciara una conducta negligente o culposa en la actuación del demandado, conducta que ni siquiera se concreta cuál puede ser y que, desde luego, no cabe referir a la ruptura de esa convivencia, pues al tratarse de una unión de hecho o unión libre, la posibilidad de poner fin a la misma

cimiento de una compensación al conviviente perjudicado, por la vía del artículo 1902 CC, requiere una conducta culposa o negligente por parte del otro miembro de la pareja, no bastando con el mero hecho de romper la relación.

El TS cambió su forma de pensar en la Sentencia de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020), pues en ésta sí que consideró aplicable al caso el artículo 1902 CC. En primer término, interesa conocer cuál es el fundamento de hecho que sirvió de base a la sentencia, para, posteriormente, centrarnos en su comentario.

Se trataba de una pareja que decidió mantener una convivencia por un tiempo aproximado de tres años en el domicilio del conviviente –ubicado en la ciudad de Sevilla–. Vínculos afectivos, auténtica comunidad de intereses económicos y reconocimiento social estuvieron presentes en la relación de pareja, *de todo lo que se derivó un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial solemnizada legalmente*. De esta convivencia también participaron los tres hijos de la conviviente procedentes de un matrimonio anterior ya disuelto. Entre otras posibles razones, se barajaba una como la impulsora de esa convivencia fáctica: se trataba de una situación prematrimonial pues ambos convivientes tenían decidido contraer nupcias para lo que promovieron el oportuno expediente matrimonial previo en el que llegó a hacerse señalamiento para el acto de la ceremonia. Alentada por tal futuro, la conviviente abandonó la vivienda en alquiler que venía ocupando, *en la que aceptaba un número no determinado, aunque sí reducido de huéspedes, que representaban para ellos unos fluctuantes ingresos económicos*. Además, en previsión de que una vez casados, la familia fijaría su residencia en Madrid, la conviviente trasladó ya a uno de sus hijos a Toledo con el fin de continuar sus estudios.

En primera instancia, se estimó parcialmente la demanda de la conviviente, condenándose al que fue su compañero a abonar a esta última una indemnización de cinco millones de pesetas concediendo, asimismo, a la actora el uso y disfrute de un año del coche del demandado y, por dos años, el piso propiedad de éste que, dicho sea de paso, había constituido la sede de la convivencia *more uxorio*. La AP de Sevilla estimó parcialmente el recurso del conviviente por lo que rebajó la cuantía de la indemnización a tres millones de pesetas, confirmando en lo demás la sentencia dictada en primera instancia. El conviviente, no contento con el fallo de la AP, interpuso recurso de casación, entendiendo el TS no haber lugar a éste –tal y como determina en el FJ 9–.

En el supuesto de hecho que se somete a enjuiciamiento, los convivientes no rechazan el matrimonio, no deciden huir de él y convivir desde su alternativa, sino que conviven con la intención conocida de contraer futuro matrimonio. Hemos de tener en cuenta, en todo momento, que la convivencia de hecho nunca es, por sí sola, promesa matrimonial. Asimismo, parece que el perjuicio causado a la conviviente proviene del cese unilateral de una convivencia mantenida durante tres años, y que la frustración de la esperanza cierta de

en cualquier momento sin las trabas del matrimonio es una de las características esenciales». A juicio de Mesa Marrero, C., *Las uniones de hecho...*, cit., pp. 243 y 244, no resulta acertado el argumento que se expone en esta sentencia para negar la aplicación de la responsabilidad extracontractual en los supuestos de ruptura de una unión de hecho. En apoyo de su tesis señala que, aunque es cierto que cualquiera de los convivientes libremente puede romper la relación sin que de ello derive, en principio, ninguna obligación entre ellos, si hay un comportamiento culpable, por parte de uno de los convivientes que ha ocasionado perjuicios al otro, no hay razón para que el conviviente perjudicado no pueda reclamar el resarcimiento de los daños que se le han producido, siempre que demuestre la existencia de culpa o negligencia por parte del otro conviviente.

matrimonio forma parte de la pérdida del anhelo concebido por continuar esa convivencia afectiva.

Aunque el TS confirma la pertinencia de la indemnización, se ve obligado a cambiar el fundamento normativo de ésta ya que no puede ser, en modo alguno, el artículo 43 CC. De los artículos 42[60] y 43 CC[61] se deduce que no sólo se excluyen del efecto de la promesa matrimonial la obligación de contraer matrimonio[62], así como la de cumplir lo que se hubiere estipulado para el caso de su no celebración sino que, además, cuando la negativa a contraer matrimonio sea sin causa, la obligación que se genera, por obra del precepto legal, abarca únicamente la obligación de resarcir, a la otra parte, de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

En este sentido, resulta preciso poner de manifiesto, siguiendo a la doctrina[63] que se ha ocupado de esta cuestión, que en ningún caso tendrán cabida, dentro del estrecho marco establecido por parte del legislador en el artículo 43 CC, conceptos barajados en la sentencia que nos ocupa. Nos estamos refiriendo a la contribución por la demandante a los gastos originados durante la vida en común o los destinados a los estudios de uno de los hijos, en vista del posterior traslado de la familia a Madrid. Tampoco se podría reclamar, con base en tal precepto, el resarcimiento de «lucro cesante», como la pérdida de ingresos de la demandante por haber abandonado la vivienda donde recibía huéspedes que le producían determinados ingresos, u otras pérdidas patrimoniales[64]. Del mismo modo, no resultarían

60. Dispone el artículo 42 CC que «la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

61. El artículo 43 CC preceptúa que «el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio». Como señala Busto Lago, J.M., «Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de incumplimiento de la promesa de matrimonio», *RDP*, 1998, pp. 265 y ss., por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la obligación *ex* artículo 43 CC, varias han sido las teorías que, al respecto, se han formulado: 1. La tesis de la acción de enriquecimiento injusto; 2. La tesis contractualista; 3. La tesis de la responsabilidad civil por culpa *in contrayendo*; 4. La tesis del ilícito civil extracontractual; 5. La de la obligación indemnizatoria *ex lege* o de la responsabilidad derivada de un acto ilícito dañoso. El citado autor entiende que el artículo 43 CC establece una obligación de reembolso con el fin de evitar un empobrecimiento injusto, pero no se trata de una acción de enriquecimiento injusto. Considera que la naturaleza jurídica de la acción derivada del artículo 43 CC se sitúa en la culpa *in contrahendo*.

62. Procede, asimismo, manifestar que el legislador optó por recoger la previsión del párrafo segundo del artículo 42 CC –que dispone que *no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento* (se refiere al matrimonio en sí)–, como determina Arechederra, L., *Cohabitación y matrimonio. La experiencia escocesa*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 13 y 14, precisamente, para cortar con el planteamiento anterior en el que se admitían demandas que pretendían que se cumpliese con lo prometido. Y es que hubo un tiempo en el que la palabra obligaba, a través de la cual se adquiría un compromiso del que el promitente no podía desligarse y, por lo tanto, cabía la posibilidad de entablar una demanda pidiendo al juez que impusiera al reticente la obligación de cumplir su promesa contrayendo matrimonio con el demandante. Con esta perspectiva, puede comprenderse la advertencia del artículo 42 CC actualmente vigente pues si, hoy por hoy, se excluye la posibilidad de presentar la demanda de cumplimiento de la promesa de matrimonio es porque, en otro tiempo, fue posible hacerlo. Con la actual regulación legal, de acuerdo con O'Callaghan Muñoz, X., *Código Civil...*, cit., p. 92, se salvaguarda el principio de libertad en el consentimiento matrimonial.

63. García Rubio, M.P., «Comentario a la...», cit., p. 408; Llebaría Samper, S., «Consecuencias de una...», cit., p. 1626; Busto Lago, J.M., «Alcance y significado...», cit., p. 263.

64. García Rubio, M.P., «Comentario a la...», cit., p. 408. No obstante, Llebaría Samper, S., «Consecuencias de una...», cit., p. 1626, considera que sí quedarían incluidos los gastos por los estudios del hijo que excedan del coste normal que hubiera supuesto el no traslado ya que esta decisión, de trasladar el hijo de Sevilla a Toledo, no parece tanto asociada a la idea de iniciar la convivencia de hecho cuanto a su desarrollo, a la ordenación de una previsión de futuro alentada, muy probablemente, por la promesa matrimonial. A juicio de Rodríguez Guitian, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., p. 87, si la demandante hubiera alegado también algún gasto por el traslado de su domicilio al de su conviviente, sí quedaría también dentro del artículo 43 CC, pero no queda probado ningún gasto en ese sentido.

resarcibles, en base al citado precepto, los daños morales[65] derivados de la frustración del proyecto matrimonial[66].

Aunque la doctrina que ha estudiado la argumentación esgrimida por parte del TS en la presente sentencia ha criticado, de manera significativa, ésta[67], consideramos acertada la decisión del Alto Tribunal de abandonar la argumentación teniendo en cuenta el artículo 43 CC como fundamento de la indemnización. Esta sentencia lleva a cabo algo que ninguna otra había hecho previamente que es indemnizar en base al artículo 1902 CC[68].

El TS, en el FJ 5, aprecia la negligencia de ambos convivientes y una concurrencia de culpas. La recíproca negligencia, que el Tribunal considera existente en el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento, consiste en que ninguna de las partes fue capaz de prever y evitar o remediar las consecuencias de la libre decisión de iniciar una convivencia susceptible de verse truncada si esa decisión era revocada por cualquiera de ellos. En resumen, reprocha que estas decisiones personales no lleven aparejada esa carga de previsibilidad. No obstante, no puede sostenerse que es negligente, a la luz del artículo 1902 CC, la no celebración de pactos previendo las consecuencias de la ruptura de la unión entre convivientes[69].

Cabe preguntarse si el artículo 1902 CC es el fundamento normativo más adecuado para el supuesto de hecho que es objeto de la sentencia que comentamos[70]. El citado precepto sólo puede ser aplicado cuando el daño haya sido causado por dolo o culpa del conviviente responsable de la ruptura, imputación subjetiva no siempre fácil de llevar a cabo pues la ruptura de una pareja de hecho es, como su constitución, lícita y libre[71]. En el supuesto enjuiciado en la resolución que comentamos, el incumplimiento de la promesa matrimonial se fue dilatando en el tiempo –podría entenderse que el incumplimiento fue tácito–, con-

65. Siguiendo a García Amigo, M., *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, McGraw Hill, pp. 28 y 29, se debe diferenciar entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales o morales. Aunque ni la doctrina ni la Jurisprudencia del TS tienen una delimitación nítida de estos, el daño moral se puede definir como toda lesión de un derecho o interés legítimo que no tenga interés patrimonial. En este punto, resulta particularmente interesante la SAP de Madrid de 15 de enero de 2002 (JUR 2002/121529) pues en ésta se reclamó por la conviviente una indemnización de 25 millones de pesetas, por el daño moral derivado de la ruptura de la convivencia, aunque sin invocación de precepto alguno en el que fundamentar tal pretensión. Respecto a tal petición de la actora, la AP consideró que en el caso concreto no se acreditó un perjuicio moral derivado de la ruptura sentimental señalando que se trata de «un aspecto, que además de resultar difícilmente justificable y sobre todo evaluable, pronto tuvo remedio en uno, porque se casó al mes siguiente, y en la mujer que lo hizo al año siguiente».

66. Busto Lago, J.M., «Alcance y significado...», cit., p. 264.

67. Bercovitz rodríguez-Cano, R., «Promesa de matrimonio y convivencia *more uxorio* (Comentario a la STS de 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020)», *AC*, vol. 3, Tribuna, BIB 1996/1048, *www.westlaw.es*; Rubio Torrano, E., «Promesa de matrimonio y convivencia *more uxorio*», *AC*, núm. 21, marzo de 1997, p. 9; Erdozáin López, J.C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *AC*, BIB 1997/51, *www.westlaw.es*; García-Ripoll Montijano, M., «Equiparación al matrimonio de las parejas de hecho heterosexuales», *Aranzadi Social*, BIB 1998/1047, *www.westlaw.es*; Cervilla Garzón, M.D., «Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RdPat*, núm. 19, 2003-1, p. 579; De La Cámara Álvarez, M., «Algunas observaciones sobre las parejas de hecho», *RJN*, julio-septiembre, 2004, p. 335.

68. García Rubio, M.P., «Comentario a la...», cit., p. 408, señala que se podría plantear la posibilidad de utilizar cumulativamente las acciones derivadas del artículo 43 CC y las del artículo 1902, para obtener, así, el resarcimiento integral de todos los daños mencionados, citando, posteriormente, ejemplos de autores a favor de tal posibilidad, así como de detractores a ésta.

69. García Rubio, M.P., «Comentario a la...», cit., p. 410.

70. A juicio de Mesa Marrero, C., *Las uniones de hecho...*, cit., p. 241, los perjuicios ocasionados al conviviente que aceptó iniciar la convivencia como consecuencia de que posteriormente se casaría con el otro conviviente, deben ser reparados por la persona que hizo la promesa de matrimonio, en base al artículo 1902 CC.

71. Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., p. 88.

solidándose coetáneamente la convivencia con perfecto asentimiento por parte de la mujer, con lo que difícilmente se puede apreciar en aquel comportamiento del demandado una actitud dolosa, ni culpable[72].

Los razonamientos y consideraciones presentes en el FJ 6 –que hace alusión a la no indemnización de los daños morales– resultan, como ha puesto de relieve la doctrina[73], criticables. A nuestro juicio, los daños morales sufridos por la actora resultan plenamente resarcibles, en base al artículo 1902 CC, pues no hay razón alguna para excluir su concesión en base a este último precepto. La solución, a la que llega el Alto Tribunal, resulta, por la argumentación empleada al respecto, cuanto menos, chocante.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto, por parte de algunos autores, que el TS en esta sentencia no lleva a cabo una rigurosa aplicación del artículo 1902 CC sino que reconoce una compensación basada en el principio del enriquecimiento injusto[74]y, por otros, que el caso sometido a enjuiciamiento hubiese merecido otra solución distinta, en todo caso, a la que, finalmente, llegó el TS[75].

De la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020) se ha hecho eco la Jurisprudencia que ha tenido que pronunciarse en materia de pensiones y compensaciones a la ruptura de las parejas no casadas, pues su cita ha sido muy habitual[76]. En efecto, cuando se plantea la ruptura de las uniones no matrimoniales, han sido muy diversos los instrumentos jurídicos en los que se han fundamentado las reclamaciones económicas entre los convivientes. Uno de ellos es, tal como hemos visto, el artículo 1902 CC, muy invocado en las demandas en materia de prestaciones económicas tras la ruptura de las parejas no casadas, pero con un índice de éxito muy limitado o escaso.

72. García Rubio, M.P., «Comentario a la...», cit., pp. 409 y 410.

73. García Rubio, M.P., «Comentario a la...», cit., p. 410; Llebaría Samper, S., «Consecuencias de una convivencia prometiendo...», cit., p. 1628; Busto Lago, J.M., «Alcance y significado de la indemnización debida en...», cit., pp. 279 y ss.; Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad civil en determinadas...», cit., p. 88.

74. García Rubio, M.P., «Comentario a la...», cit., pp. 410 y ss.

75. Llebaría Samper, S., «Consecuencias de una...», cit., p. 1628, considera que el caso hubiera podido merecer hasta una triple solución, pero ninguna coincidente con la que finalmente se acogió. La primera, hubiese sido no salirse del artículo 43 CC, dentro del cual podrían reembolsarse como «gastos hechos» y «obligaciones contraídas», como mínimo, el coste invertido en esa situación preparatoria justificada por el futuro matrimonio (traslado de los estudios del hijo a Toledo). La segunda solución hubiese pasado por prescindir del artículo 43 y acudir a la Jurisprudencia que aplica la doctrina del enriquecimiento injusto para corregir estos desequilibrios en parejas *more uxorio*. Y la tercera solución sería la aplicación de ambas soluciones y es que, como reconoce el TS en la sentencia finalmente adoptada, «la cuantía de los daños materiales sería notablemente superior a la señalada por la Sala de instancia», inmodificable por la *reformatio in peius*. Rodríguez Guitián, A.M., «Función de la responsabilidad...», cit., p. 88, critica que, finalmente, el TS no estimase de aplicación, al supuesto sometido a enjuiciamiento, la doctrina del enriquecimiento injusto.

76. Entre otras, las STS de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6661), SAP de Asturias de 9 de abril de 2001 (JUR 2001/142834), SAP de Guadalajara de 22 de mayo de 2002 (JUR 2002/178647), SAP de Madrid de 31 de mayo de 2002 (JUR 2003/47237), SAP de Palencia de 3 de septiembre de 2002 (JUR 2002/271628), SAP de Barcelona de 20 de septiembre de 2002 (JUR 2003/22890), SAP de Jaén de 16 de diciembre de 2002 (AC 2003/122), SAP de Granada de 17 de enero de 2003 (JUR 2003/140517), SAP de Asturias de 28 de octubre de 2003 (JUR 2004/49523), SAP de Granada de 23 de febrero de 2004 (JUR 2004/105556), STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/2710), SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004/303882), SAP de La Rioja de 11 de noviembre de 2004 (AC 2004/1946), SAP de Madrid de 19 de enero de 2005 (JUR 2005/110422), SAP de La Coruña de 23 de febrero de 2005 (AC 2005/37), SAP de Las Palmas de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/111159), SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005 (AC 2005/1833), SAP de León de 18 de mayo de 2005 (AC 2005/1546), SAP de Salamanca de 13 de junio de 2005 (JUR 2005/181282), SAP de Alicante de 21 de febrero de 2006 (JUR 2006/186628), SAP de Pontevedra de 14 de septiembre de 2006 (JUR 2006/251843), SAP de Zaragoza de 15 de diciembre de 2006 (JUR 2007/45044) y SAP de Guipúzcoa de 3 de mayo de 2007 (AC 2007/2099).

La reclamación de una indemnización, con base en el artículo 1902 CC, resulta plenamente admisible si se invocan y acreditan los presupuestos precisos para su reconocimiento. La fundamentación de pensiones y compensaciones entre convivientes con base en el citado precepto ha sido muy habitual. Sin embargo, debemos ser conscientes de que únicamente pueden plantearse con éxito demandas en la que uno de los convivientes reclame una indemnización por daños y perjuicios en los diversos comportamientos a los que hemos hecho alusión en este trabajo, poniendo de relieve que el artículo 1902 CC no puede, en ningún caso, ser considerado un recurso al que los compañeros puedan acudir subsidiariamente en caso de que los tribunales no acojan los demás criterios de resolución ideados por la Jurisprudencia.

Recapitulando, para la aplicación del artículo 1902 CC, resulta necesario la plena concurrencia de todos sus requisitos aunque, como dispone la STS de 12 de septiembre de 2005[77] (RJ 2005/7148), «rechazando que la simple decisión de ruptura, aun sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago». No debe olvidarse que, en determinados supuestos, la única vía o el único fundamento legal, a través del que se podrán canalizar las reclamaciones de índole económica entre los miembros de la unión no matrimonial, vendrá determinado por la petición y posterior reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios. Tales supuestos estarán constituidos por aquellos comportamientos o actuaciones acontecidos en el transcurso de la relación de pareja, a los que hemos hecho sistemática alusión, que podrán materializarse en diversos horizontes temporales de la unión pero considerando, en todo momento, que la ruptura, en sí misma, no constituye un acto o comportamiento culpable pues resulta amparado por la libertad individual.

III.2. Aplicación analógica del artículo 1438 CC

La fundamentación de las reclamaciones económicas entre los que fueron convivientes también se ha hecho en base al artículo 1438 CC[78]. Dicho precepto determina que «los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos[79]. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación». Este artículo regula el levantamiento de las cargas del matrimonio como obligación común de ambos cónyuges. Se entiende por gastos familiares los generados por el consumo de los

77. En el mismo sentido, entre otras, la SAP de Vizcaya de 9 de noviembre de 2005 (AC 2006/248), SAP de Alicante de 21 de febrero de 2006 (JUR 2006/186628) y SAP de Burgos de 22 de febrero de 2006 (JUR 2006/133769).

78. Resulta interesante y, ciertamente, llamativa la crítica al precepto por De Los Mozos, J.L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo García, M. (dir.), tomo XVIII, vol. 3, Madrid, Edersa, 1985, pp. 374 y 375, ya que, a su juicio, «no cabe duda que la norma está concebida a favor de la mujer. Sin embargo, no es muy congruente con la idea de la comunidad de vida, o, por lo menos, incurre en una visión mezquina y trivializadora de esa comunidad de vida, en la que parece que el trabajo para la casa sólo lo hace la mujer, cuando sociológicamente esto no es cierto, ni siquiera en el caso de que la mujer no trabaje fuera de casa. Existen muchas cosas que el marido moderno realiza y que tienen el mismo valor o, por lo menos, un valor aproximado que habrá también que computar. Lástima que el legislador, tan atento a las mutaciones sociológicas, no se hubiera apercibido de éstos y de otros detalles».

79. Por lo que se refiere a la expresión «trabajo para la casa», Martínez-Calcerrada Gómez, L., *Comentario del Código Civil*, Sierra Gil De La Cuesta, I. (presid. y coord.), tomo VII, Barcelona, Bosch, 2000, p. 291, señala que en la expresión «recursos económicos» se comprende, también, todos los ingresos derivados del trabajo personal de los cónyuges, debiendo incluirse entre los recursos económicos su capacidad o aptitud para el trabajo y, cuando es para la casa, dará lugar a la compensación prevista en el precepto.

dos miembros de la pareja no atribuibles a ninguno de ellos en particular. Son, en general, atenciones y gastos adaptados a las costumbres y circunstancias de la familia[80].

Especialmente interesante, fundamentalmente a nuestros efectos, resulta el último inciso del precepto, introducido por la Ley de 13 de mayo de 1981. Consiste en la valoración del trabajo en el hogar a efectos de computar la contribución a las cargas del matrimonio, lo cual se hará por acuerdo o por resolución judicial. De este modo, se trata de paliar el principal inconveniente que se apuntó del régimen de separación de bienes que no es sino la no participación de cada cónyuge en las ganancias del otro. Se está pensando, sin duda, en aquel que no trabaja fuera de casa y, por tanto, no percibe ningún salario. La cuantía puede obtenerse a tenor del sueldo que recibiría si dicho trabajo doméstico fuera prestado por una tercera persona[81]. Además, el artículo 1438 *in fine* establece la posibilidad de otorgar una compensación por el trabajo doméstico, que el juez señalará a falta de acuerdo, cuando se produzca la extinción del régimen de separación. Por eso, la compensación se referirá al período de tiempo durante el cual se ha venido aplicando al matrimonio el régimen de separación. Tal como está redactado el precepto, parece deducirse que la compensación se otorgará con independencia de que el trabajo ya se haya computado como contribución a las cargas familiares.

El artículo 1438 CC es el único precepto de nuestro ordenamiento jurídico civil que reconoce el trabajo para la casa[82]. Se ha dicho que la compensación a la que hace referencia el precepto, convierte *de facto* al régimen de separación en algo muy parecido al régimen de participación, pero, en realidad, no es más que afrontar la liquidación del régimen tomando en consideración que lo aportado a las cargas matrimoniales no siempre ha tenido una traducción monetarizada y que la que se hace al hogar no deja de ser una forma de contribuir. Es decir, entre los recursos que soportan las cargas matrimoniales no son sólo bienes y derechos sino, también, el trabajo y tanto el que se desarrolla fuera como el que tiene lugar dentro del hogar. Esa especialidad es la contemplada por la norma que, además, era necesaria y la reforma de 1981 dio respuesta a ésta.

Aunque ni el legislador ni la Jurisprudencia dan un concepto de lo que debe entenderse por el trabajo que se desarrolla en el hogar, el trabajo doméstico debe entenderse en un sentido amplio para incluir, además de las labores domésticas, todo aquello que se hace para

80. O'Callaghan Muñoz, X., *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.ª ed., Madrid, La Ley, 2006, pp. 1455 y ss.

81. Ruisánchez Capelástegui, C., «El trabajo en el hogar y para el otro cónyuge», *PJ*, núm. 55, 1999, pp. 462 a 465, establece que existen tres métodos para valorar el trabajo en el hogar y, aunque se refieren al cónyuge, consideramos que son perfectamente extrapolables a las uniones de hecho. El *sustituto global*, que tiene en cuenta el salario del mercado de un hipotético suplente del cónyuge que se encarga de la casa, como podría ser un ama de llaves o un administrador de la casa. El *sustituto especializado*, toma como punto de referencia los salarios de mercado correspondientes a las personas que realizarían las diversas tareas que se llevan a cabo en el hogar: sueldo de una cocinera, canguro, jardinero, planchadora, etc. Y el *coste de oportunidad*, que considera las ganancias potenciales que el cónyuge obtendría en el mercado si fuera allí a ofrecer su trabajo, influyendo, por tanto, la edad, sexo y cualificación profesional.

82. Es de destacar la gran rigurosidad con que la Jurisprudencia viene aplicando la compensación económica del artículo 1438 CC. La parquedad del supuesto «el trabajo para la casa» parece interpretarse en su sentido más literal de manera que si éste no se produce no ha lugar al establecimiento de compensación económica alguna. En este sentido, las Sentencias de 23 de noviembre de 2001 (AC 2001/2409) y 30 de mayo de 2002 (AC 2002/1278), ambas de la AP de Alicante, entienden que tratándose de un matrimonio de cierto nivel económico tenían servicio doméstico, por lo que no hay elementos para establecer la compensación; o la SAP de Madrid de 12 de enero de 2001 (JUR 2001/102468) que, ante el hecho de que el hijo acudía a la guardería y el marido también colaboraba en las tareas domésticas, no aplica el artículo 1438 CC; o la SAP de Córdoba de 11 de noviembre de 2002 (AC 2002/1767) que simplemente no considera acreditado el trabajo en el hogar.

atender a las necesidades de la familia, lo que, en muchas ocasiones, supone una verdadera labor de dirección moral, que no meramente de ejecución material[83].

Se trata de un precepto pensado para el momento de la ruptura del matrimonio, con régimen de separación de bienes, si bien, a juicio de ciertos autores[84], sería el más adecuado para fundamentar las reclamaciones económicas entre convivientes y, consecuentemente, sería deseable que, en esta línea, los tribunales reconociesen a favor del conviviente tal prestación económica.

Según tal corriente doctrinal, hay que admitir la aplicación analógica del artículo 1438 CC en sede de uniones de hecho pues existe una total identidad de razón entre quien ha realizado trabajo para la casa en un hogar familiar, sea éste fruto de una relación matrimonial o no lo sea –dejando a un lado los posibles pactos existentes al respecto entre convivientes, para regular el tema de forma distinta–.

En un caso, la aportación que entraña ese capital humano no remunerado es contribución a las cargas matrimoniales, y en las parejas de hecho lo es a las cargas convivenciales, porque en ellas ese trabajo, aunque no esté remunerado, no es gratuito y, en la medida en que sea una aportación «excesiva» respecto a aquéllas, puede legítimamente dar lugar a la reclamación correspondiente. En cualquier caso, resulta erróneo afirmar la existencia de una presunción de gratuidad y de una prestación de trabajo *affectionis causa* en la convivencia *more uxorio*. A lo sumo, debería afirmarse la presunción opuesta –la onerosidad, por tanto–, salvo prueba en contrario, consistente en la circunstancia de que el conviviente no había acordado cumplir aquella prestación con el ánimo que caracteriza prestar un trabajo o desempeñar una tarea con el ánimo de incrementar un patrimonio que se entendía común[85]. Tan sólo se trata de una cuestión puramente patrimonial. El problema es que el trabajo para el hogar no tiene una traducción económica. Pero es evidente que su realización no es altruista, absolutamente desinteresada[86].

83. Rams Albesa, J. y Moreno Martínez, J.A., (coords.), *El régimen económico del matrimonio*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 898 y ss.

84. Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho Civil. Familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad y tutela*, tomo IV, Barcelona, Bosch, 1985, p. 44; Vidal Martínez, J., «La relación no matrimonial en el Derecho español», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, año 7, núm. 36, octubre de 1987 (número extraordinario de Derecho de Familia), p. 19; Mendieta Jaramillo, L.M., «Relaciones patrimoniales en...», cit., p. 203; Valpuesta Fernández, M.R., «Comentario a la...», cit., pp. 989 y 990; López-Muñiz Goñi, M., *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid, Colex, 1994, p. 185; Gallego Domínguez, I., *Las parejas no casadas y...*, cit., p. 281; Pantaleón Prieto, A.F., «Régimen jurídico de las uniones de hecho», en *Uniones de hecho: XI jornades juridiques*, Martinell, J.M. y Areces Piñol, M.T. (eds.), Lleida, Ediciones de la Universidad de Lleida, 1998, p. 74; Torres García, T.F., «Régimen económico matrimonial...», cit., pp. 45 y 46; De Amunátegui Rodríguez, C., *Uniones de hecho...*, cit., pp. 254 y 255; Alonso, E., Serrano, M. y Tomás, G., *El trabajo del ama/o de casa. Un estudio jurídico y su consideración ética*, Diputación Foral de Bizcaia, Gabinete de Diputado general, octubre de 2003, p. 112; Salazar Bort, S., «La indemnización de los servicios prestados durante la convivencia de hecho. Análisis jurisprudencial», *RdPat*, núm. 8, 2002, pp. 584 y 585; Tomás Martínez, G., «La valoración del trabajo en el propio hogar en la ruptura de una pareja de hecho. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2003 (RJ 2003/4)», *AC*, núm. 20, 2003, BIB 2003/1559, *www.westlaw.es*; Espada Mallorquín, S., «Patrimonio familiar y regímenes económico-matrimoniales. Enriquecimiento injusto y protección jurídica del conviviente supérstite. Comentario a la STS de 17 de junio de 2003», *RdPat*, núm. 12, 2004-1, pp. 335 y ss.

85. Mendieta Jaramillo, L.M., «Relaciones patrimoniales en...», cit., p. 203; Carbonell Benito, G., «Efectos civiles de las uniones de hecho», en *La Ley Valenciana de Uniones de Hecho. Estudios*, Valencia, Ediciones de la Revista General del Derecho, 2003, p. 245.

86. A este respecto señala Lázaro González, I., *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado español*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 237, que en el Derecho español ha de presumirse el carácter oneroso de las prestaciones de servicios al compañero, aunque cabe la prueba en contrario. Si los trabajos o servicios se hicieron *benevolentiae causa*, no tendría el compañero que los prestó derecho a remuneración ni a indemnización.

En el matrimonio, la Ley lo convierte en parte integrante de las cargas a las que ambos deben hacer frente, y realizan *de facto* uno, los dos o ninguno –si recurren a una tercera persona– conforme decidan –en función de sus opciones personales y profesionales–. Y en la unión *more uxorio,* en la medida en que partimos de la existencia de un hogar común al que ha de atenderse, y no se olvide que la Jurisprudencia sólo considera pareja de hecho si existe una vida en común, diaria y estable, se genera una situación sustancialmente idéntica.

No obstante, tanto la doctrina[87] como la Jurisprudencia[88], se han resistido a la aplicación analógica del artículo 1438 CC, por dos motivos. Por un lado, porque el recurso a la analogía de las normas económico-matrimoniales, aunque sea de forma aislada, entraña el temor de asimilar matrimonio y unión libre. De ello procura alejarse la Jurisprudencia negando la extensión de soluciones jurídicas positivas perfectamente válidas y prefiere, en un exceso de prudencia, acudir a principios generales, ya vistos, como el de protección al conviviente más desfavorecido o el de evitación del enriquecimiento injusto. Y, por otro, por evitar acudir a una norma de un régimen económico-matrimonial[89] como es el de separación de bienes.

Finalmente, cabe poner de relieve que la regla presente en el artículo 1438 CC *in fine* no se presenta tanto como una concreción o manifestación de la doctrina del enriquecimiento injusto, aunque pueda serlo en términos abstractos el cómputo del trabajo para el hogar como una forma más de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, cuanto como una regla propia de un régimen económico-matrimonial. Su compensación económica únicamente procede en función de la regla de proporcionalidad en las contribuciones de uno y otro cónyuge, en relación con sus ingresos, con el trabajo para el hogar y con el patrimonio, que establece la Ley en defecto de pacto, lo cual no es algo que resulte de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. En definitiva, no es preciso que concurran los presupuestos de esta doctrina para que se genere el derecho a percibir tal compensación.

87. Se muestran en contra de la aplicación analógica de tal precepto, entre otros, Estrada Alonso, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español,* 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1986, pp. 218 a 220; De Verda y Beamonte, J.R., «Estudio de la reciente ley autonómica valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho», *Revista Valenciana d'estudis autonómics,* núm. 34, 2001, p. 30, y en «Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho», en *Daños en el Derecho de familia,* Navarra, *RdPat,* núm. 17, 2006, p. 229; Cantero Núñez, F.J., «Uniones de...», cit., p. 439; Mesa Marrero, C., *Las uniones de hecho...*, cit., p. 225.

88. Así, entre otras, las STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4907), STS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992/8589), STS de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993/1246), STS de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6274), STS de 27 de mayo de 1994 (RJ 1994/3753), STS de 11 de octubre de 1994 (RJ 1994/7476), STS de 24 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8946), STS de 4 de marzo de 1997 (RJ 1997/1640), STS de 27 de mayo de 1998 (RJ 1998/3382), SAP de Murcia de 8 de marzo de 2004 (AC 2004/873), STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148), SAP de Madrid de 5 de mayo de 2006 (JUR 2006/192834) y STS de 19 de octubre de 2006 (RJ 2006/8976).

89. La Sentencia del TS de 4 de abril de 1997 (RJ 1997/2731), parece inclinarse por la tesis contraria, a la hasta entonces mantenida por la Sala con carácter general, en el sentido de considerar la aplicación analógica a la unión de hecho de las normas de la sociedad de gananciales, siempre que no pueda deducirse del caso analizado que se excluyó expresamente la vigencia de tal regulación. En concreto, determina el FJ 5 que «la aplicación analógica de las normas del régimen de gananciales debe mantenerse cuando, en el caso del litigio, no existen elementos derivados de la propia conducta de los que así conviven determinante de la exclusión de esa aplicación analógica, y ello, por el sentido estricto con que debe entenderse cualquier juego extensivo del régimen de gananciales, pues si bien puede ser aplicable en las llamadas uniones de hecho o *more uxorio,* como se dice, ello habrá de ser cuando en la compulsa de la conducta concreta de la convivencia que ha presidido esta unión, no aparezcan circunstancias de hecho, o, hasta instrumentos de pactos expresos suficientes, que eliminen esa aplicación de reenvío».

A) Evolución jurisprudencial en cuanto a la pertinencia de su aplicación

En el pasado tanto las AAPP como el TS se manifestaron en contra de la aplicación analógica del artículo 1438 CC a las uniones de hecho. En este sentido, cabe tener en consideración la STS de 24 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8946), ya que en ésta se negó la aplicación analógica del precepto del que nos venimos ocupando.

Respecto al supuesto de hecho, que se sometió a la consideración del Tribunal, decir que fue una pareja de hecho que alcanzó una duración de catorce años, considerándose, en primera instancia, dignas de aplicación analógica al caso las normas que disciplinaban la sociedad de gananciales. La AP revocó la sentencia estimatoria de primera instancia, ya que, a su juicio, nunca podían adoptarse soluciones jurídicas que identifiquen totalmente el matrimonio con las uniones extramatrimoniales, ni existía precepto alguno que permitiese aplicar los preceptos de la sociedad de gananciales. Sin embargo, sí que consideró aplicable al caso las normas de separación de bienes, y condenó al conviviente a pagar a su pareja la cantidad de cuatro millones de pesetas. El TS, en base a los razonamientos presentes en el FJ 3 de la citada resolución –que a continuación reproduciremos–, termina concluyendo que procedía casar la sentencia con fundamento en que no era de aplicación al caso el artículo 1438 CC, y que no cabía hablar de enriquecimiento sin causa, ni siquiera de perjuicio en la recurrente, del cual sólo habla la sentencia de la Audiencia en hipótesis («los que la actora pueda haber sufrido» dice).

Particularmente interesante resulta el razonamiento del Alto Tribunal para rechazar la aplicación al caso del artículo 1438 CC. En este sentido dispone, el FJ 3, que «para decidir el motivo, en cuanto denuncia la aplicación del artículo 1438, debe partirse de la jurisprudencia reiterada y constante de esta Sala en materia de uniones de hecho, según la cual [SSTS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992/8589), 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9733), 18 de febrero de 1993 (RJ 1993/1246) y 27 de mayo de 1994 (RJ 1994/3753)] no es posible aplicar a las uniones *more uxorio,* las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras [STC de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990/184)]. Y tal razonamiento admitido *expliciter* por la Audiencia, es también extensible a la inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes, pues quienes de tal forma se unieron pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a ella. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales. Ciertamente, que habrá supuestos en los que se producirán consecuencias económicas, a las que habrá que procurar adecuada y justa solución y que será posible, cuando se acredite que hubo *afectio societatis,* por las vías de la analogía con la sociedad o la comunidad de bienes, o cuando se acredite el incremento patrimonial de uno por el esfuerzo del otro, que se busque el equilibrio por la vía del enriquecimiento injusto, etc., pero no es éste el caso de autos, en el que no se hace prueba alguna sobre tal aumento patrimonial, ni se puede precisar la compensación que la actora tuvo con lo que la Audiencia proclama como satisfacción de todas sus necesidades durante los años de convivencia».

A pesar de que los tribunales se han venido manifestando en sentido negativo, por lo que se refiere a la aplicación analógica de este precepto a las uniones de hecho, debemos tener en consideración el cambio que, en este sentido, suscitó la STS de 27 de marzo de 2001[90] (RJ 2001/4770). Se trata de la primera sentencia que admite la aplicación analógica del precepto del que nos venimos ocupando. No obstante, la mayoría de las indemnizaciones concedidas por desequilibrio hasta el momento acudían a la doctrina del enriquecimiento injusto o a la de protección al conviviente más perjudicado por la situación de hecho, con las dificultades de prueba que ello implica.

De la sentencia citada, interesa hacer alusión a las consideraciones presentes en su FJ 7. Dispone, al comienzo de tal Fundamento, que «no debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho», y, posteriormente, que debe meditarse respecto a la analogía solicitada en el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento del tribunal, «no sólo sobre la compensación del artículo 97 CC, y su razón, trasladable a situaciones equivalentes, sino también, en el contenido del artículo 1438 del Código Civil, que respecto al régimen de separación de bienes (que, desde luego a salvo pactos en contra, es el que rige, con carácter absoluto, para las uniones de hecho) dispone que «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará».

A la vista de esta resolución procedente del Alto Tribunal, cabía la posibilidad de que tal línea fuese seguida por parte de la Jurisprudencia menor[91]. Sin embargo, encontramos recientes ejemplos que ponen de manifiesto que la aplicación analógica del artículo 1438 CC a las parejas de hecho continúa, salvo alguna excepción, siendo negada[92].

III.3. La comunidad de bienes

Otros dos instrumentos en base a los cuales podrá lograrse una compensación económica –dentro de la cual no cabe considerar incluida pensión alguna– son tanto la comunidad de bienes –que examinaremos en este apartado– como la sociedad irregular –que será objeto de estudio en el siguiente– pudiendo darse ciertos supuestos de hecho en los que, a pesar de la diferencia que entre ambas existen, se pueda plantear una cierta confusión[93].

90. Como pone de relieve Salazar Bort, S., «Comentario a la STS de 27 de marzo de 2001. Uniones de hecho y compensación del trabajo doméstico (I)», *AJA*, núm. 513, 2001, BIB 2001/1643, *www.westlaw.es,* respecto a la aplicación del artículo 1438 CC en la citada sentencia, da la impresión de que la resolución menciona el régimen de separación de bienes con la única finalidad de deducir de ello la aplicabilidad del citado precepto obteniéndose, así, la consecuencia indemnizatoria perseguida.

91. Así, la SAP de Zaragoza de 2 de mayo de 2002 (PROV 2002/174027) que se mostró a favor de la aplicación analógica del artículo 1438 CC.

92. Es el caso de la SAP de Murcia de 8 de marzo de 2004 (AC 2004/873) que, tras plantearse el dilema de si al caso resultaba aplicable el artículo 97 CC o el artículo 1438 del mismo cuerpo legal, entiende que se debía aplicar el primero de ellos, en base a un razonamiento, a nuestro juicio, erróneo ya que dispone su no aplicación, en base a la negativa a la aplicación analógica por parte del TS, cuando, precisamente, ya vimos anteriormente el cambio de criterio jurisprudencial que se operó por parte de nuestro Alto Tribunal en este sentido. El FJ 3 dispone que no es posible la aplicación analógica del precepto ya que «el Tribunal Supremo, en la jurisprudencia antes citada, ha sentado que no es posible factible aplicar las normas de los regímenes económico-matrimoniales».

93. Sobre las diferencias que entre comunidad y sociedad existen nos remitimos a los estudios de Garrido De Palma, V.M., «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 759 y ss.; Manresa y Navarro, J.M., «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, tomo XI, Madrid, Reus, 1972, pp. 365 y ss.;

La comunidad de bienes constituye un instrumento jurídico habitualmente invocado, sobre todo desde comienzos de los años noventa hasta la actualidad, para lograr una compensación, en base tanto a declaraciones de voluntad expresas como a comportamientos tácitos, siendo, naturalmente, los segundos los que más problemas, desde el punto de vista probatorio, plantean.

Estimamos oportuno examinar, de manera breve, la figura desde un punto de vista general para, posteriormente, conocer las particularidades que ésta presenta en el ámbito de las reclamaciones económicas entre convivientes. Debemos poner, asimismo, de relieve que en ciertas ocasiones la pareja habrá querido la vigencia de tal régimen[94] en cuanto a los bienes que, a lo largo de la relación, hayan adquirido por lo que constituye, a todas luces, un criterio de resolución habitualmente invocado a la hora de reclamar una compensación económica. Sin embargo, debemos ser cautos en la valoración de los presupuestos necesarios para que la reclamación, en base a la concurrencia de la comunidad de bienes, prospere.

El CC, como es sabido, regula la comunidad de bienes en el artículo 392 que, en su párrafo primero, establece que hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas. Añade el artículo 393 que «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas» que se presumen iguales mientras no se pruebe lo contrario.

Debe considerarse que existen otras vías en base a las cuales los convivientes pueden conseguir el resultado que con la comunidad de bienes se pretende. En efecto, haciendo uso de los medios transmisivos ordinarios –cuales son, por ejemplo, la cesión, permuta y donación– pueden lograr que todos o parte de los bienes de titularidad de uno pasen a pertenecer a ambos *pro indiviso* sujetándose, para ello, a las normas generales de la contratación.

En primer lugar, cabría plantearse si cabe la posibilidad de que los convivientes pacten la vigencia, de manera global, de la comunidad de bienes para todo bien o derecho que adquieran. Entendemos que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria[95], en base a la letra del artículo 392 CC, únicamente podrá existir comunidad de bienes para cada bien o derecho

Brioso Escobar, E., «Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división», *RDN*, núm. 107, enero-marzo, 1980, pp. 21 a 30; Mesa Marrero, C., *Las uniones de...*, cit., pp. 124 y ss.

94. Muñoz de Dios, G., «Régimen económico en las uniones extramatrimoniales», *La Ley*, núm. 2, 1987, p. 1166; Estrada Alonso, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 185; Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Las parejas de hecho», *AC*, septiembre, 1992, p. 21; Torres Lana, J.A., «De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», *AC*, septiembre, 1993, p. 18; Saura Martínez, L.F., *Uniones libres y la configuración del nuevo derecho de familia*, Valencia, Tirant lo blanch, p. 122; Moreno Quesada, B., «La comunidad de bienes surgida en la convivencia de parejas de hecho», en *Parejas de hecho, Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*, Herrera Campos, R. (dir.), Granada, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, pp. 72 y ss.; Estruch Estruch, J., «La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho», *RGD*, núm. 644, 1998, p. 5376; Llebaría Samper, S., «El patrimonio de...», cit., p. 411; Mesa Marrero, C., *Las uniones de hecho...*, cit., p. 126; Pérez Ureña, A.A., *Uniones de hecho. Estudio práctico de sus efectos civiles. Derecho sustantivo, cuestiones procesales, jurisprudencia y formularios*, 2.ª ed., Madrid, Edisofer, 2007, p. 72; Vila Ribas, C., «Artículo 4. Regulación de la convivencia», en *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Islas Baleares*, Ferrer Vanrell, M.P. (coord.), Mallorca, Institut d'Estudis Autonómics, 2007, p. 110.

95. Simó Santonja, V., «Vida jurídica de las parejas no casadas», Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Cuaderno núm. 62, Valencia, 1986, p. 29; Vidal Martínez, J., «La relación no matrimonial en el Derecho español», Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, *Tapia*, año 7, núm. 36, octubre de 1987 (número extraordinario de Derecho de Familia), p. 24; Mendieta Jaramillo, L.M., «Relaciones patrimoniales en...», cit., p. 200; Gallego Domínguez, I., *Las parejas no casadas y...*, cit., pp. 155 y 200; Estruch Estruch, J., «La liquidación de las relaciones...», cit., p. 5375; Cantero Núñez, F.J., «Uniones de...», cit., pp. 406 y 407; Corral Gijón, M.C.,

concreto y determinado sin que, por tanto, quepa la eventualidad de que tal régimen pueda pactarse para todos y cada uno de los bienes o derechos, inconcretos y todavía no adquiridos, que se obtengan, por parte de uno o ambos convivientes, en el futuro[96].

No debemos olvidar que, aunque la mayoría de las normas previstas en el Código Civil son de carácter dispositivo, en el Título III del Libro II –rubricado «De la comunidad de bienes»– de tal cuerpo legal junto a las normas dispositivas coexisten otras imperativas[97].

Como en la práctica puede observarse, a través de la simple lectura de las numerosas resoluciones judiciales al respecto, los convivientes pueden pactar un contrato en virtud del cual se obliguen a poner en común determinados bienes presentes o futuros. Tal contrato sería un acuerdo por el que dos personas se obligan a poner en común bienes que ya les pertenecen, que adquieran en ese momento, o con posterioridad conviniendo el régimen en que, en la nueva situación, los tendrán[98]. Tal pacto únicamente tendrá efectos personales generando entre los convivientes la obligación de poner en común los bienes a los que se refiera el acuerdo sin afectar, por sí mismo, a su titularidad[99].

Hemos de ser conscientes de que este contrato de comunicación es de naturaleza consensual en el buen entendimiento de que podrá nacer tanto del pacto expreso como del acuerdo tácito de los interesados.

Lo que sí que podría efectuarse es que, en virtud del párrafo segundo del artículo 392 CC, cada vez que se obtenga un bien o derecho, se podrá modalizar la comunidad con reglas especiales. Así, se podrán celebrar pactos sobre diversos aspectos cuales, por ejemplo, son el concurso de los convivientes partícipes en los beneficios y cargas –artículo 393 CC–, regular el servicio que la cosa puede prestar al partícipe –artículo 394 CC–, fijar la contribución a los gastos del bien o derecho –artículo 395 CC–.

La doctrina del Tribunal Supremo[100] viene a sostener que la mera existencia de una convivencia de hecho no lleva aparejada *per se* consecuencia económica alguna y que estos efectos económicos únicamente se producirán, en el criterio que examinamos, cuando expresa o tácitamente, la voluntad de los convivientes haya sido la de formar un patrimonio común,

«Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. (Parte segunda: efectos patrimoniales)», *RCDI,* año 77, núm. 664, 2001, p. 568; Martínez de Aguirre, C. «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *RDP*, noviembre 2001, p. 861.

96. Admiten la plena validez del contrato de comunidad de bienes futuro en virtud del cual se someterán los bienes y derechos que, a lo largo de la relación, se adquieran, entre otros, Llebaría Samper, S., «El patrimonio de las parejas de hecho», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Constitución, gestión, responsabilidad, continuidad y tributación*, Garrido Melero, M. y Fugardo Estivill, J.M. (coords.), tomo II, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 411 a 413; Mesa Marrero, C., *Las uniones de hecho...*, cit., p. 126.

97. Miquel González, J.M., «Comentario de los artículos 392 a 406», en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1067, y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García, M. (dir.), tomo V, vol. 2, Madrid, Edersa, 1985, p. 58; Estruch Estruch, J., «La liquidación de las relaciones...», cit., p. 5376.

98. Trujillo Calzado, M.I., *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunidad de bienes*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 71.

99. Roca Sastre, R.M., «Naturaleza jurídica de la aportación social», *RGLJ*, 1946, p. 422.

100. Así, entre otras, las STS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992/8589), STS de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993/1246), STS de 24 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8946), STS de 4 de abril de 1997 (RJ 1997/2731), STS de 4 de junio de 1998 (RJ 1998/3722), STS de 22 de enero de 2001 (RJ 2001/1678) y STS de 27 de mayo de 2004 (RJ 2004/3577).

o la de poner su esfuerzo en común, reconduciendo, en definitiva, la situación hacia, en nuestro caso, la comunidad de bienes.

De hecho, habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por su *facta concludentia* –aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común–, evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos[101] –suponemos a título oneroso– durante la duración de la unión de hecho, considerando que debe darse esa recta intención de las partes, de entender que, en todo su devenir integrador del patrimonio, acontece la triple aportación de gastos, costos e ingresos, determinantes de esa comunidad y, además, con la clara intención o designio de que ello se atribuya en un régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas, por lo que el hecho de constituir una unión de hecho, insistimos, no opera como presunción de condominio de los bienes de ambos convivientes, sino que éste debe quedar acreditado, bien porque lo hayan expresamente pactado, bien porque se deduzca racionalmente de actos concluyentes[102].

III.4. La sociedad irregular

Dispone el artículo 1665 CC que «la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas» –en nuestro caso serán, obviamente, dos– «se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». Añade el artículo 1666 CC, en su párrafo primero, que «la sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios».

En virtud del contrato de sociedad, los socios se comprometen a colaborar y a aportar algo para la consecución del fin social, es decir, la obtención de ganancias[103]. El contrato de sociedad se define atendiendo al dato de la colaboración de los socios para conseguir un fin común. La colaboración se materializa con las aportaciones consistentes en dinero, bienes o industria. Y, como hemos señalado, el fin común que las partes persiguen es la obtención de un lucro o ganancia para repartir entre los socios.

101. Para constatar si entre las partes ha existido tal voluntad común sería suficiente con valorar algunos hechos que pueden tener lugar en el transcurso de la convivencia cuales son, a título de ejemplo, la titularidad conjunta de las cuentas bancarias o el destino conjunto de los ingresos de los convivientes.

102. En este sentido, siguen el criterio del Alto Tribunal, entre otras, las SAP de Valencia de 9 de diciembre de 1998 (AC 1998/2428), SAP de Zaragoza de 26 de noviembre de 1999 (AC 1999/6500), SAP de Barcelona de 28 de abril de 2000 (JUR 2000/209673), SAP de Zaragoza de 10 de octubre de 2000 (AC 2001/22298), SAP de Zaragoza de 7 de noviembre de 2000 (AC 2001/1492), SAP de Tarragona de 4 diciembre de 2000 (JUR 2001/78367), SAP de Madrid de 28 de mayo de 2001 (JUR 2001/251956), SAP de Las Palmas de 6 de noviembre de 2001 (JUR 2002/34728), SAP de Madrid de 11 de mayo de 2002 (JUR 2003/46980), SAP de Tarragona de 12 de noviembre de 2002 (AC 2002/1476), SAP de Sevilla de 15 de mayo de 2003 (AC 2003/1006), SJPI de Córdoba de 17 de octubre de 2003 (JUR 2003/244796), SAP de Cantabria de 16 de abril de 2004 (JUR 2004/152126), SAP de Valencia de 22 de septiembre de 2004 (AC 2004/2045), SAP de Valencia de 4 de noviembre de 2004 (JUR 2005/22638), SAP de Valladolid de 3 de marzo de 2005 (JUR 2005/90569), SAP de León de 18 de mayo de 2005 (AC 2005/1546), SAP de Cantabria de 8 de julio de 2005 (AC 2005/1678), SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006/126804), SAP de Pontevedra de 28 de abril de 2006 (JUR 2006/158898), SAP de Valladolid de 21 de junio de 2006 (AC 2006/1414) y SAP de Madrid de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007/152343).

103. Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil español común y foral. Derecho de obligaciones*, tomo IV, Madrid, Reus, 1985, pp. 578 y ss.; Capilla Roncero, F., «Comentario al artículo 1665», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García, M. (dir.,), tomo XXI, Madrid, Edersa, 1986, pp. 1 y ss.; Paz-Ares Rodríguez, C., «Comentario al artículo 1665», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1299 y ss.

La naturaleza predominantemente contractual de las distintas formas societarias posibilita, en cierta medida, el recurso de los convivientes a éstas si bien ha de existir un doble requisito, a saber: el ánimo de lucro y la *affectio societatis*.

Cuando falta el pacto expreso de constitución de la sociedad resulta ciertamente complejo apreciar si concurren todos los presupuestos necesarios del contrato de sociedad, especialmente el elemento de la *affectio societatis*, presupuesto subjetivo, que revela la intención de los convivientes de colaborar con el fin de desarrollar una actividad conjunta incluyendo, asimismo, el hecho de compartir los eventuales riesgos que la sociedad suponga.

Son muy numerosas las reclamaciones que se plantean ante los tribunales una vez rota la pareja de hecho en las que uno de los convivientes pretende que se declare que en el curso de la unión existió, a pesar de no existir un acuerdo expreso, una sociedad. Los términos que se han acuñado para referirse a tal modalidad societaria son ciertamente numerosos si bien destacan al menos dos: sociedad irregular y sociedad tácita.

Son sociedades irregulares aquellas que no han cumplido las formalidades necesarias para su constitución. Sólo cuando se incumpla alguno de los requisitos necesarios en la creación de la sociedad podrá hablarse de sociedad irregular. La irregularidad de la sociedad supone el incumplimiento de algún requisito formal en su constitución si bien, como hemos apuntado, el TS también otorga la consideración de irregular a las sociedades en las que la voluntad negocial de los sujetos se ha manifestado tácitamente. En estas últimas, la voluntad se deducirá de hechos inequívocos y concluyentes de los convivientes que demostrarán que existió voluntad de crear la sociedad que se creó mediante *facta concludentia*.

La jurisprudencia, en la mayoría de los casos, ha deducido la existencia de una sociedad irregular y particular precisamente, como decimos, por la falta de esa voluntad expresa a partir de datos no muy distanciados de aquellos otros que permiten apreciar una situación de comunidad: explotación conjunta de un negocio[104], existencia de un fondo común nutrido con aportaciones de ambos convivientes[105] o la concatenación de aportaciones de diverso contenido junto con la apertura de una cuenta bancaria conjunta[106].

Al igual que para la comunidad de bienes, el TS entiende en diversas resoluciones –entre otras, STS de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992/8589) y STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/ 9733)– que de la simple convivencia *more uxorio* no puede inferirse la existencia de una sociedad sino que han de ser los convivientes los que, de forma tácita o expresa, acrediten su voluntad de crearla.

104. STS de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993/1246), STS de 10 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9726) y SAP de Ciudad Real de 15 de marzo de 1999.

105. SAP de Tarragona de 10 de noviembre de 1997.

106. SAP de Zaragoza de 20 de julio de 1999.

De los casos que han conocido los tribunales, en unos casos se ha declarado la existencia de una sociedad creada tácitamente[107] –o sociedad irregular–, mientras que en otros, por el contrario, se ha rechazado el reconocimiento de tal sociedad entre los convivientes[108].

IV. CONCLUSIONES

Para el éxito de cualquier pretensión jurídica, en base a una determinada figura legal, necesariamente deberá acreditarse la concurrencia de los presupuestos necesarios para ello. En este trabajo hemos examinado, con detalle, tanto los criterios generales de resolución, en materia de reclamaciones económicas –pensiones y compensaciones– entre convivientes, ideados por la Jurisprudencia –para las uniones a las que no resulte aplicable la normativa autonómica sobre el particular[109]–, que más se invocan y reconocen como, por el contrario, aquellos otros que, a pesar de haberse reflejado en las demandas, menos suerte han corrido. Naturalmente, debe considerarse el supuesto inverso y es que, en ciertas ocasiones, podrá estimarse innecesario recurrir a estos últimos, por escaso reconocimiento jurisprudencial, a pesar de concurrir los requisitos habilitantes para ello y, paradójicamente, ser la figura jurídica idónea.

Es por ello que hemos considerado oportuno referirnos a un tema de rabiosa actualidad cuales son las pensiones y compensaciones que, tras la ruptura de la pareja no casada, caben a favor de uno de los miembros con respecto al otro con especial atención de los instrumentos legales que para ello existen.

Si nos encontramos ante una pareja de hecho que debe regirse por una determinada normativa autonómica, pues le resulta aplicable, la fundamentación de pensiones o compensaciones deberá efectuarse al amparo de ésta sin que, en modo alguno, pueda recurrirse a los criterios generales de resolución establecidos al efecto por la Jurisprudencia.

Cuando el miembro de una unión de hecho, a la que no resulta aplicable la normativa autonómica, pretenda reclamar al que era su compañero una pensión o compensación deberá efectuar tal reclamación en base a los diversos criterios de resolución que la jurisprudencia ha reconocido al efecto debiéndose, en atención a las particularidades del supuesto de hecho concreto, recurrir a la figura jurídica cuyos presupuestos, naturalmente, concurran.

Aunque, en la actualidad, los criterios que, en materia de pretensiones económicas consecuencia de la ruptura de la pareja no casada, más éxito presentan, por las circunstancias concurrentes en ellos, son el principio general de evitación del enriquecimiento injusto, la aplicación analógica de la pensión compensatoria y el principio de protección al conviviente más desfavorecido, en ciertos supuestos resultará procedente acudir a otros diversos

107. STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4907), STS de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993/1246), STS de 10 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9726) y STS de 18 de marzo de 1995 (RJ 1995/1962).

108. STS de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6274), SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2000 (JUR 2001/252400) y SAP de Madrid de 25 de junio de 2007 (JUR 2007/310409).

109. Debemos puntualizar que únicamente nos referimos a las cinco Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho Civil –a pesar de ser una materia en la que, como hemos visto, la polémica está presente pues las parejas de hecho no es ni ha sido una cuestión de Derecho foral– cuales son Cataluña, Aragón, Navarra, Islas Baleares y País Vasco.

cuales son, por ejemplo, la responsabilidad civil extracontractual, la obligación natural, la comunidad de bienes y la sociedad irregular.

A todos ellos, sin embargo, nos hemos referido de manera amplia y detallada estudiando las particularidades y elementos que necesariamente habrán de concurrir en el supuesto de hecho para lograr una justa pensión y/o compensación tras la ruptura de la pareja no casada.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

VIOLENCIA DE GÉNERO

Constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal. Su redacción no vulnera el derecho a la igualdad contenido en el artículo 14 de la CE ni supone una discriminación por razón de sexo. La diferenciación es razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el ámbito de la pareja en el que están insuficientemente protegidas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PLENO, SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2008

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Con fecha 5 de julio de 2005, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Murcia dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes en el juicio rápido núm. 13/2005 por un presunto delito de maltrato familiar, al apreciar que los hechos referidos en el atestado policial reunían, en principio, las circunstancias mencionadas en el artículo 795 LECrim. Ese mismo día, el citado órgano judicial dictó otros dos Autos. En el primero de ellos se acordó la puesta en libertad del imputado, por entonces detenido, mientras que en el segundo se dictó orden de protección de la víctima, prohibiéndose al imputado «acercarse a más de 200 metros (...), hasta la resolución del procedimiento con firmeza, o hasta que sea cesada expresamente». El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra el imputado por unos hechos que fueron calificados como «dos delitos de maltrato del artículo 153.1, párrafo segundo, del Código Penal, con aplicación de la agravante del último párrafo a uno de los referidos delitos» (*sic*). A dicha calificación se adhirió la acusación particular ejercida por la esposa.

⊙ Remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, éste dictó Auto de 11 de julio de 2005, por el que señalaba el siguiente día 13 del mismo mes y año para la realización de la vista oral. En sus conclusiones definitivas las acusaciones reiteran su calificación de los hechos y solicitan la imposición de una pena de doce meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años y prohibición de aproximación a la víctima y de comunicarse con ella por dos años, por el delito agravado, y de diez meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años y prohibición de aproximación a la víctima y de comunicarse con ella por dos años, por el otro delito. La defensa solicitó la libre absolución del acusado. A la conclusión del acto de juicio oral, la titular del órgano jurisdiccional ya avanzó el contenido de la providencia de 22 de julio de 2005, por la que se concedió a las partes personadas y al Ministerio Fiscal un plazo común e improrrogable de diez días para que, conforme a lo previsto en el artículo 35.2 LOTC, alegaran lo que estimasen pertinente acerca del posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 153.1 CP por vulneración de la dignidad de la persona (artículo 10 CE), y de los derechos a la igualdad (artículo 14 CE) y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

⊙ Al amparo de lo declarado por la titular del Juzgado de la Penal núm. 4 de Murcia en la vista oral, la representación procesal del acusado presentó escrito de alegaciones el 18 de julio de 2005, interesando que se elevara cuestión de inconstitucionalidad. Ni la acusación particular ni el Ministerio Fiscal realizaron alegaciones en el plazo concedido al efecto.

⊙ Mediante Auto de 29 de julio de 2005 la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia promovió la presente cuestión de inconstitucionalidad.

⊙ El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad porque la mayor penalidad que se establece frente al hombre se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidas, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentos jurídicos de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Juez de lo Penal núm. 4 de Murcia.

El Auto de planteamiento se inicia con una referencia al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 35.2 LOTC, tanto en lo que hace al momento procesal oportuno (tras la conclusión del acto del juicio oral, en decisión motivada y dando traslado a las partes) cuanto en lo relativo a la concreción de la norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona (el artículo 153.1 CP, en su redacción vigente, resultante de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) y a los preceptos constitucionales que se suponen infringidos (artículos 10, 14 y 24.2 CE).

Seguidamente se procede a formular el juicio de relevancia, que según el órgano promotor de la cuestión exige una estricta vinculación de la norma con el caso, razón por la cual dicho juicio debe vincularse a unos determinados hechos ya probados. A partir del resultado de la valoración conjunta de la prueba se establece un relato de hechos probados que merecerían la calificación de un maltrato de obra, causante de lesión no constitutiva de delito, realizado por el marido sobre su esposa, en el domicilio común, con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2004, incardinable en la redacción vigente del artículo 153.1 CP, en relación con el párrafo 3.h). Conforme al relato de hechos, el maltrato de obra consistió en que «el acusado sujetó fuertemente de las orejas a su esposa, que sufrió un enrojecimiento retroauricular bilateral que curó, con una primera asistencia, sin necesidad de tratamiento médico ulterior». Para el órgano judicial promotor de la cuestión, resultaría imponible una pena de prisión cuyo mínimo, a diferencia de lo que sucedería en el caso de que, en idénticas circunstancias, la agresora hubiese sido la esposa y la víctima el marido, es de 9 meses y un día y no de siete meses y 16 días. La relevancia se refiere pues a la determinación de la pena alternativa, uno de cuyos términos se vería limitado, por razón del sexo del agresor, a un tramo de pena de prisión más oneroso. La diferencia afectaría también a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, pero en la medida en que las acusaciones no han solicitado su imposición, esa diferencia carece de verdadera relevancia. Asimismo, la diferencia afectaría al régimen de las alternativas a la pena privativa de libertad, al que serían aplicables determinadas agravaciones (artículos 83.1.6.º, 84.3, y 88.1 CP), pero no se han cuestionado tales preceptos en la medida en que su contenido no es determinante del fallo. También se apunta la posible afectación directa del fallo en el caso de aplicación de la rebaja de un grado del artículo 153.4 CP con el efecto de alcanzar una pena de prisión inferior a tres meses. Finalmente, se señala que la pena imponible sería idéntica en el caso de considerar al marido persona especialmente vulnerable ya que el inciso final del precepto no introduce discriminación alguna en relación al sexo de los sujetos. El requisito de la convivencia quedaría acreditado en el caso pero

faltaría la acreditación de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo varón.

Concluido el juicio de relevancia, el órgano judicial relata la evolución del precepto, cuyos orígenes sitúa en el artículo 425 CP (Texto Refundido de 1973), introducido por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unida por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de habitualidad. En el Código Penal de 1995 ese contenido normativo se recogió, sustancialmente, en el artículo 153, trasladándose por obra de la Ley Orgánica 11/2003 al actual artículo 173.2 CP, como delito contra la integridad moral, ampliando el ámbito subjetivo de aplicación del tipo de violencia habitual. Esa misma Ley Orgánica introdujo por vez primera una sanción específica para la violencia ocasional en el ámbito familiar y doméstico, elevando a la consideración de delito conductas que, en ausencia de esas relaciones entre autor y víctima, hubieran sido constitutivas de simples faltas. El artículo 153 CP regulaba el maltrato no habitual u ocasional, exigiendo que el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, que regula hoy la violencia habitual.

Sin perjuicio de referir su ámbito de aplicación al círculo de ofendidos definido en el artículo 173.2 CP, que no ha sido objeto de reforma; sin perjuicio también de mantener el tipo agravado preexistente, ahora incorporado al párrafo 3.º, en idénticos términos que la redacción anterior; y sin perjuicio, finalmente, de reproducir exactamente las penas previstas para el tipo básico, tras la Ley Orgánica 1/2004 la estructura de los tipos varía, en cuanto que se introduce en el párrafo 1.º del artículo 153 un nuevo subtipo agravado para un círculo de personas más restringido, con la siguiente redacción: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable (...)».

En este nuevo subtipo se observa la predeterminación legal del sexo, diferenciando los sujetos activo y pasivo, derivando consecuencias jurídicas diversas en función del sexo de los sujetos. Concretamente, existe una referencia expresa a «la ofendida», lo que claramente identifica el sexo del sujeto pasivo; en cuanto al activo, la inclusión de los términos «esposa» y «mujer ligada a él» deja poco margen para una interpretación, sostenida por algunos autores, que admita la autoría femenina respecto de este inciso en el que, se insiste, es en todo caso el sexo necesariamente femenino del sujeto pasivo. Se añade, por lo demás, que esa interpretación pugnaría con el espíritu de la norma de origen, esto es, la Ley Orgánica 1/2004, que define la violencia de género como aquella que «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (artículo 1).

El precepto presupone así un sujeto activo hombre y un sujeto pasivo mujer, y exige además una relación, actual o pasada, conyugal o de afectividad análoga. Este elemento relacional no añade nada significativo a la discriminación por sexo porque tal relación es concebible también en sujetos homosexuales, en particular tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio. Dicho de otro modo: las notas definitorias de la agravación son el sexo de los sujetos del delito y la relación conyugal o análoga entre ellas; no así la convivencia, cuya eliminación, unida a la limitación del sexo necesariamente masculino del autor apuntan como bien jurídico adicional a la integridad física y psíquica de las personas a que se refiere el Título, la proscripción de conductas discriminatorias, expresadas de forma violenta, en un ámbito muy concreto, el de las relaciones de pareja heterosexuales, por parte del hombre sobre la mujer.

A continuación, se exponen pormenorizadamente las consecuencias jurídicas diferentes que resultan del sexo de los sujetos, tanto en lo que se refiere a la pena imponible como a las penas alternativas a la privativa de libertad. El Auto precisa que la duda de constitucionalidad se suscita, tan sólo, en cuanto al primer inciso del párrafo 1.º del artículo 153, en cuanto hace referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente, masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión que constituye uno de los términos de la alternativa y de la pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, con los efectos reflejos correspondientes descritos en cuanto a la agravación del párrafo 3.º, a la atenuación del último párrafo y al régimen de alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad. No se cuestiona, por el contrario, la constitucionalidad de la agravación referida a la condición de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Una vez expuesta la evolución del precepto cuestionado, el Auto pasa a relacionar los preceptos constitucionales que el órgano judicial promotor de la cuestión considera infringidos.

En primer lugar, se examina la posible infracción del artículo 14 CE señalando que el derecho a la igualdad que consagra se ve conculcado en razón de la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos activo y pasivo en el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona. Al respecto, se recuerda que el artículo 14 CE impide, en principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación (STC 28/1992, de 9 de marzo), resumiendo la doctrina que este Tribunal ha venido elaborando sobre el derecho a la igualdad en la ley. Los rasgos esenciales de esta doctrina se sintetizan en la STC 76/1990, de 26 de abril, reproducidos por la más reciente STC 253/2004, de 22 de diciembre: «a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos» (FJ 5). Asimismo, se cita la STC 181/2000, de 29 de junio, en la que se declara que el principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (FJ 10).

Sentado esto, se constata la diferencia de trato, tanto en relación con la pena imponible como con el sistema de alternativas a la pena privativa de libertad. Respecto de la primera, se afirma que la agravación de la pena no es un efecto necesario e ineludible, ya que están previstas alternativas de idéntica duración a las señaladas al tipo básico y el máximo de la pena es también el mismo. Sin embargo, en el proceso de determinación de la pena, la diferencia establecida en función del sexo restringe el espectro de pena imponible en sentido agravatorio, en cuanto queda excluido en la determinación de la pena en concreto el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión, previsto para el tipo básico, con el efecto reflejo correspondiente en relación con el tipo atenuado y con el agravado del párrafo 3.º Respecto al sistema de alternativas, se indica que la imposición de la pena de prisión conllevará un régimen agravado de suspensión o sustitución.

Constatada la diferencia de trato, se valora la justificación de la diferencia partiendo de la doctrina de la «acción positiva» o derecho desigual igualatorio (STC 229/1992, de 14 de diciembre), acogida por este Tribunal. Aquélla se puede definir como un remedio corrector de pasadas injusticias que han recaído sobre grupos determinados, procurando una redistribución del empleo, la educación, los cargos públicos y otros bienes escasos, a favor de esos grupos, caracterizados normalmente por su raza, etnia o género, llegando a otorgarles un trato preferencial que facilite su acceso a esos bienes, como compensación a actuales o pretéritas discriminaciones dirigidas contra ellos, con la finalidad de procurar una distribución proporcionada de aquéllos.

El origen histórico de la «acción positiva» suele situarse en el Derecho de los Estados Unidos de América, si bien se ha extendido a otros países, y se ha proyectado incluso en el ordenamiento comunitario europeo (artículo 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea, cuyo contenido reiteran la Directiva 2002/73/CE y la Propuesta de Directiva 2004/0084). También se invocan algunos pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 3/1993, de 14 de enero; 229/1992, de 14 de marzo; 28/1992, de 9 de marzo), en los que se hace eco de la legitimidad de estas políticas en relación con supuestas discriminaciones por razón de sexo. Particularmente, la ya citada STC 28/1992, de 9 de marzo, donde se distingue entre «normas protectoras», que responden a una consideración no igual de la mujer como trabajadora, constitucionalmente ilegítimas; y normas que podrían denominarse «promotoras», esto es, las que contienen medidas tendentes a compensar una

desigualdad de partida y que tratan de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento en el empleo de la mujer en relación con el varón.

Finalmente, se constata una limitada recepción de la doctrina de la acción positiva, que no puede atribuirse a la historia política española, ya que también en el ordenamiento europeo se han expresado reservas en relación con estas medidas, tal como demuestra la STJCE de 17 de octubre de 1995 (caso Kalanke). Asimismo, en el país pionero en su adopción ha surgido un movimiento «revisionista» que advierte de su efecto perverso en cuanto puede contribuir a generar una nueva discriminación fundada en la sospecha de falta de verdadera capacidad o mérito profesional o académico de sus actuales o potenciales beneficiarios.

Según el órgano promotor de esta cuestión, el legislador español habría realizado una decidida apuesta por la acción positiva, dirigida no a la mujer como tal, sino a la mujer como víctima de la violencia de género, definida restrictivamente en cuanto se circunscribe a la sufrida en el seno de una relación matrimonial o asimilada heterosexual, presente o pasada, aun sin convivencia y consistente en todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad (artículo 1.1 LO 1/2004). Sin embargo, las medidas penales como la cuestionada, que endurecen la respuesta punitiva en atención a la diferenciación sexual de los sujetos del delito, no tendrían el carácter de «acciones positivas». Para sostener esta afirmación se reproducen las consideraciones del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la que es ahora Ley Orgánica 1/1004, donde se rechaza la procedencia de la adopción de medidas de acción positiva en ámbitos, como el penal o el orgánico judicial, en los que no exista un desequilibrio previo y no exista escasez de los bienes a los que accede la mujer. Según el órgano promotor, no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer, en la línea señalada por el Tribunal Constitucional (STC 229/1992), el castigo más severo de conductas como la enjuiciada cuando son cometidas por un hombre. Aun más incomprensible resulta esa hipótesis si se tiene en cuenta la insistencia del intérprete constitucional en la idea de eliminación de trabas para la mujer, más como agente de su realización personal que como sujeto protegido, lo que significa un superior respeto a la dignidad de la mujer como persona capaz de regir sus propios destinos en igualdad de condiciones, una vez eliminados esos obstáculos de acceso, a través de una política de promoción, que no de protección.

Tampoco sería de recibo la caracterización de esta tipificación como una fórmula de «reparación o compensación» colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como «representante o heredero del grupo opresor», lo que chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige el Derecho Penal. Se cuestiona, por tanto, la introducción de medidas positivas en un ámbito como el penal, ajeno a aquéllos en que se ha venido desarrollando la acción positiva, como el laboral, educativo o de representación política, y se pone en duda la legitimidad que, con tan errada etiqueta, se pretende revestir a estas medidas penales, insólitas en el Derecho comparado, dado que sólo se contemplan, en el ámbito europeo, en las legislaciones de España y Suecia.

Expuesta la diferencia de trato y valorada su justificación, se aborda el juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. En este punto el Auto de planteamiento realiza algunas aclaraciones. La primera es que aquel juicio no se refiere a la agravación de conductas que, como violencia doméstica, introduce el artículo 153 CP en su conjunto, en relación con el ámbito personal definido por el artículo 173.2 CP, pues las objeciones que pudiera merecer ya fueron rechazadas en el ATC 233/2004, de 7 de junio. La segunda es que no se plantea directamente la duda respecto de la agravación adicional que, dentro de este ámbito, pueda surgir en relación con la violencia conyugal o asimilada, como hiciera el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica. Finalmente, tampoco se cuestiona, en cuanto no se entienda que predetermina el fallo, la definición de violencia de género del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, como la ejercida exclusivamente por el hombre sobre la mujer, en la medida en que no afecta sólo al ámbito penal y pudiera sostenerse su constitucionalidad en relación con otros ámbitos.

La cuestión se limita a la diferenciación de sujetos en relación con el subtipo agravado del artículo 153.1 CP no tanto por la diferencia real de sustraer un tramo de pena alternativa de la consideración del Juez en la determinación de la pena, de extender el máximo de la pena potestativa de inhabilitación o de agravar el régimen de alternativas, sino por la propia naturaleza penal de las medidas, que introduce un elemento cualitativo fundamental, presente en reformas que pudieran parecer simbólicas en su aspecto cuantitativo o en su aplicación práctica.

A juicio de la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, puede citarse *a sensu contrario,* como precedente, la doctrina de la STC 126/1997 acerca de la sucesión en los títulos nobiliarios. Si entonces se afirmó la constitucionalidad de la discriminación por razón de sexo por afectar a un sector del ordenamiento jurídico, como es el Derecho Nobiliario, carente de verdadero contenido material, ahora debería alcanzarse una conclusión diametralmente distinta pues nos hallamos ante el sector del ordenamiento jurídico menos simbólico y más contundente en sus respuestas, que es el Derecho Penal. Al establecer una distinción por sexo en sede penal se comprometería injustificadamente el principio de igualdad y, eventualmente, los derechos a la presunción de inocencia y la dignidad de la persona.

El Auto examina a continuación la finalidad perseguida por el legislador, analizando las justificaciones que éste ha ofrecido para adoptar la medida penal cuestionada. En cuanto a los fines preventivos, si bien se acepta que pueden perseguirse eficazmente sin el sacrificio de otros derechos, se advierte que el endurecimiento punitivo amparado por tales fines puede estar justificado cuando se refiere a un tipo de conductas, los de violencia conyugal, pero no estarlo cuando dentro de ese sector agravado, se selecciona el sexo del sujeto activo para ofrecer una respuesta penal específica más grave. En cuanto a la magnitud del fenómeno sociológico y criminal de la violencia doméstica, demostrado estadísticamente, se podría argumentar la necesidad de una reacción penal frente a esa realidad que pone en peligro bienes jurídicos constitucionalmente protegibles, asegurando su proporcionalidad. Sin embargo, con el recurso a la sanción penal se corre el riesgo de la llamada «huida al Derecho Penal», plasmada aquí en el adelantamiento de la barrera punitiva que significa el castigo como delito del maltrato ocasional, de dudosa eficacia. En este punto, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto también se resentiría pues no aparece una justificación de la desigualdad por razón de sexo.

Igualmente se discute el «argumento estadístico», según el cual dado que la mayoría de las agresiones integrantes de la violencia doméstica conyugal son cometidas por hombres, es legítimo castigar más a éstos. Sin negar el dato estadístico, se replica que ello no justifica por sí solo la agravación por conductas idénticas en atención al sexo masculino del autor y femenino de la víctima. El argumento autorizaría a castigar cualquier delito cometido por un hombre con mayor severidad, cuando el número de delincuentes varones es abrumadoramente superior al de mujeres en otros tipos delictivos. En este punto el Auto de planteamiento es prolijo en la aportación de porcentajes y comparaciones, concluyendo que siendo los fines legítimos, en este caso las estadísticas no son siempre un argumento para justificar la desigualdad de trato.

Si el mero dato estadístico no parece suficiente para justificar la excepción al principio de igualdad en una norma penal, la búsqueda de fundamentos adicionales revela, en un análisis más profundo, nuevos motivos de inquietud acerca de la constitucionalidad de esta norma. En efecto, siempre según la opinión de la titular del órgano judicial promotor de esta cuestión de inconstitucionalidad, el dato estadístico pudiera considerarse manifestación de un abuso de superioridad por el autor, hombre, sobre su víctima, mujer; una situación de vulnerabilidad de ésta; o una conducta discriminatoria, que lesionaría la dignidad y el derecho a la igualdad de la mujer. Sin embargo, en la medida en que se trataría de presunciones legales, ajenas a la exigencia de prueba en el caso concreto, derivadas únicamente del sexo respectivo de autor y víctima, de la naturaleza de la conducta objetiva y del tipo de relación entre los sujetos, se entiende que tales planteamientos no justificarían la diferencia de trato y serían, en sí mismos, contrarios a la Constitución.

De todos estos argumentos, el que pudiera hallar un fundamento más claro en la norma de origen –el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, que define a la violencia de género como «manifestación de la discriminación»– sería el relativo al ánimo discriminatorio implícito, justificando la agravación por un ataque suplementario al propio derecho a la igualdad y a la proscripción de discriminación sexual. Pero el órgano promotor expresa sus dudas de constitucionalidad en relación con la fórmula de protección de este bien jurídico adicional. La primera es que desde el punto de vista técnico-jurídico, la vinculación de la redacción del artículo 153.1 con el concepto de violencia de género es arriesgada a la luz de los principios de legalidad y taxatividad de las normas penales, habida cuenta de que el legislador no ha empleado aquí el término «violencia de género», lo que introduce un muy relevante riesgo para la seguridad jurídica en cuanto que el enunciado normativo ha de marcar, en todo caso, una zona indudable de exclusión de comportamientos, lo que constituye un presupuesto imprescindible para garantizar la previsibilidad de la aplicación de la norma sancionadora, «vinculada a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva, que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» o menos severamente castigados (STC 11/2004, de 12 de julio, con cita de las SSTC 137/1997, de 21 de julio; 151/1997, de 29 de septiembre; 236/1997, de

22 de diciembre; 273/2000, de 15 de noviembre, y 64/2001, de 17 de marzo).

La segunda duda se proyecta sobre la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución de la norma, que no permitiría considerar la cuestión de inconstitucionalidad en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que el artículo 163 CE y el artículo 35 LOTC se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango legal aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de interpretación conforme de la Constitución (STC 105/1988, de 8 de junio). Pero no se trata, en este caso, de utilizar la cuestión con carácter consultivo para valorar, entre varias posibles, la interpretación y aplicación de la norma más acomodada con la Constitución, como uso prohibido frente al que advierte el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones. Se trataría, a lo sumo, de proponer hipótesis de acomodación a la Constitución que, como indicaciones o sugerencias serían irrelevantes, que se entiende no serían bastantes para decretar la inadmisibilidad de la cuestión (STC 222/1992, de 11 de diciembre) y que revelarían, en todo caso, la posibilidad de dictar una sentencia interpretativa que indicase la única interpretación constitucionalmente admisible de la norma cuestionada (SSTC 105/1988, de 8 de junio; 24/2004, de 24 de febrero).

La tercera duda de constitucionalidad se centra en la interpretación apuntada porque aunque el argumento discriminatorio pudiera justificar la agravación, no se entiende cómo podría justificar también la limitación al hombre. Por otro lado, existe una agravación genérica, sin distinción de sujetos, en el artículo 22.4 CP, en cuanto se demuestre que el delito se ha cometido por motivos de discriminación referente, entre otros motivos, al sexo u orientación sexual de la víctima. Además, aun limitando el móvil a la discriminación sólo de la mujer, no puede negarse que ésta también puede ser sujeto activo con esos presupuestos objetivos y subjetivos, en cuanto la agresión sea una manifestación de la situación de discriminación de la propia mujer, con efectos nocivos para la perpetuación de esa situación en que histórica y actualmente se le ha mantenido.

Dando un paso más, se indica que al establecer una presunción de intención discriminatoria en la conducta penal descrita, el legislador ha incorporado una extensión de la responsabilidad de grupo al concreto individuo juzgado, una recuperación del Derecho penal de autor. El sujeto activo se erige, por razón de su pertenencia al grupo identificado como opresor, en agresor cualificado, con independencia de que el sujeto, en concreto, realice o no la conducta «opresora» o discriminatoria, sin exigir que esa conducta concreta cometida por él, con nombre y apellidos y no por «un hombre», se revele discriminatoria. En definitiva, tan falsa es la afirmación de que sólo en las relaciones de afectividad conyugal o análoga, la violencia tiene motivación de género, como la de que, en todas esas relaciones cualquier conducta violenta, por más que sea dirigida del hombre a la mujer, lo tiene. Cuando el legislador ha procedido a sancionar penalmente la discriminación ha mencionado los motivos de la discriminación prohibida pero no ha identificado a los grupos discriminadores y discriminados porque esa identificación sería imposible y poco eficaz en la persecución de esos motivos. En relación con la discriminación sexual, no parece que se justifique limitar la agravación a la discriminación a la mujer, cuando el legislador la equipara a la motivada por la orientación sexual, ni presumir este motivo en el hombre que realiza determinadas conductas.

La preocupación por la neutralidad sexual en la descripción de los tipos penales ha sido una constante en la política criminal española desde la aprobación de la Constitución. Incluso en los delitos sexuales, todas las reformas, en especial a partir de 1989, han procurado la apertura de los tipos a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no era relevante. A partir de un determinado momento, la preocupación del legislador penal por la igualdad ha avanzado hasta incluir medidas discriminatorias en el Código Penal. En la actualidad, este cuerpo legal incorpora, además del Capítulo dedicado al genocidio, tipos de discriminación en el empleo (artículo 314), provocación a la discriminación (artículo 510) y otros, así como una agravante genérica de discriminación en el artículo 22.4 CP. Característica común a todas estas normas, cuyo bien jurídico protegido, único o adicional, es el derecho a la igualdad, en su vertiente de prohibición de la discriminación, es la neutralidad en la descripción del sujeto activo; de igual modo, es pacífica su consideración como delitos o agravaciones de tendencia, en los que un elemento subjetivo del injusto debe identificarse y probarse para afirmar la antijuridicidad básica o agravada. Si bien no han faltado voces que han advertido acerca de los riesgos que este tipo de normas penales encierran de deslizarse por la pendiente del Derecho penal de autor, con la consiguiente atenuación del principio de culpabilidad consagrado en nuestra Constitución (STC 76/1990, de 26 de abril).

La Ley Orgánica 1/2004 añade nuevas medidas que pueden incluirse entre las antidiscriminatorias respecto de los delitos de lesiones (agravadas en relación con el tipo básico del artículo 148.4; agravadas en relación con el tipo básico de maltrato

familiar del artículo 153.1), de amenazas (consideración como delito y no falta las de carácter leve en el artículo 171.4) y coacciones (consideración como delito y no falta las de carácter leve en el artículo 172.2). En ninguno de estos casos se utiliza la expresión «violencia de género» y en todos, por tanto, se reproduce la dificultad interpretativa de afirmar el móvil discriminatorio que se desprendería de la definición legal de dicha expresión.

Pues bien, la limitación de la conducta típica «discriminatoria», en principio, a la violencia que se produce en el ámbito conyugal o asimilado es, de por sí, en relación con la diferencia de trato en materia penal que se cuestiona, sospechosa de arbitrariedad. Sospecha que no se disipa con la apelación a los argumentos estadísticos, según se ha avanzado, como tampoco si se piensa que la expresión de la dominación del hombre sobre la mujer, expresada en forma violenta, puede darse en otro tipo de relaciones afectivas entre hombre y mujer, incluso con mayor virulencia, como sucedería en las paterno-filiales: la motivación de género existe en muy distintas clases de relaciones entre hombre y mujer y, desde luego, no sólo en las relaciones violentas en el seno de la pareja.

Además, la agravación actúa en una selección de tipos que no puede calificarse sino de sorprendente, al haberse excluido en la Ley Orgánica 1/2004 los delitos contra la libertad sexual, de privación arbitraria de libertad o, lo que sería más llamativo, todos los delitos contra la vida independiente y los más graves contra la integridad física, psíquica y moral, reduciendo la agravación a las lesiones de menor gravedad, a las amenazas y a las coacciones leves. De donde se deduce que no parece que pueda calificarse de objetiva y razonable la diferencia, de carácter absolutamente excepcional en el ordenamiento y, en especial, en el sector penal del mismo, que se limita a una selección arbitraria de infracciones, alterando la coherencia interna del sistema que pretende preservar la proporcionalidad entre la gravedad de las conductas y su sanción. Sorprende que se haya agravado el maltrato ocasional y no el habitual del artículo 173.2 CP.

Para la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, no se puede esgrimir el argumento de la prevención general ante la ciudadanía, los colectivos de mujeres y, en especial, ante las víctimas de la violencia de género, anunciando medidas contundentes, como lo hace el legislador al motivar la reforma penal y reservar esas medidas contundentes para algunas conductas violentas que no son, precisamente, las más graves. Ni, por cierto, las más difundidas como supuestos de violencia de género, asociadas con frecuencia a los casos de muerte de mujeres a manos de su pareja, casi siempre desconectados de denuncias previas por infracciones menores y que son, precisamente, tras la desaparición del parricidio, ajenos a esas tendencias de represión criminal intensificada; o a los casos de maltrato habitual, también inmune a la reforma. Esta última reflexión se presenta como especialmente significativa, en cuanto demuestra la falta de objetividad y razonabilidad de la reforma cuestionada.

Si se pretendiese la presunción de la presencia de un componente discriminatorio o de género en algún tipo de conductas violentas, la misma debería referirse a aquéllas en las que se revela con claridad lo que se ha denominado «perfil del maltratador» o el «síndrome de mujer maltratada». Pretender que el desvalor específico adicional o el móvil discriminatorio, con diferencia de sexo, es razonable como justificación de la diferencia en sede de maltrato ocasional, sin ir acompañado de una previsión paralela en sede, mucho más evidente, de maltrato habitual, cuestiona severamente la razonabilidad misma del texto.

En el único país en el que existe un precepto similar, Suecia, la referencia, puramente nominal, al sexo, se limita, en todo caso, a conductas de violencia habitual; se refiere a un elenco mucho más amplio de conductas, no precisamente las más leves; y se introduce un bien jurídico especial, la integridad (moral) de la mujer, en los casos de violencia conyugal habitual, castigado con la misma pena que la prevista para los casos de otros vínculos estrechos. Todo un catálogo de diferencias que no permite invocar el precedente sueco como argumento de autoridad a favor de una valoración positiva de la razonabilidad de la diferencia de trato introducida por el precepto cuestionado.

Las anteriores objeciones se referirían a cualquier hipótesis justificativa de la agravación, pero en relación con la posible concepción del artículo 153.1 CP y de sus preceptos paralelos como medidas antidiscriminatorias, se plantearían las siguientes dificultades específicas, todas ellas relevantes en el juicio de constitucionalidad. En primer lugar, la afirmación del móvil discriminatorio reclama la discutible conexión de los supuestos típicos con el concepto de violencia de género, con riesgo para los principios de seguridad jurídica y legalidad. Asimismo, la exigencia de un móvil discriminatorio cuestiona, en relación con todas las medidas antidiscriminatorias así concebidas, el principio de culpabilidad. La presunción de este móvil vulnera, además del principio de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, el derecho a la presunción de inocencia. La presunción de ese móvil sólo en el sujeto activo hombre genera una vulneración añadida del principio de culpabilidad, de la presunción de inocencia y del derecho a la igualdad. Para concluir, la conexión de estas normas con la definición

de violencia de género del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 permitiría eludir la presunción del móvil y, por tanto, la infracción del derecho a la presunción de inocencia, pero subsistirían las objeciones relativas al derecho a la igualdad y de responsabilidad por el hecho derivadas de la concepción como delito de tendencia de propia mano.

En todo caso, la conexión del artículo 153.1 CP y el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 debería partir de una interpretación no literal y arriesgada, que no despejaría todas las dudas de inconstitucionalidad. Con respecto a este tipo de medidas se han apuntado dos líneas de interpretación posibles. Conforme a la subjetiva, que incidiría en la motivación del sujeto activo, la justificación de la agravante se situaría en el ámbito de la culpabilidad, exigiéndose prueba en el caso concreto del móvil discriminatorio, puesto que la presunción del móvil en el maltrato ocasional sólo del hombre a la mujer sería contrario a los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia. También se ha apuntado una explicación de la agravante desde el plano de la antijuridicidad y no de la culpabilidad, a partir del desvalor adicional del resultado del maltrato por razón de la pertenencia de la víctima a un colectivo «oprimido», dando prioridad no al móvil discriminatorio en sí mismo sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo; en tal caso la duda de constitucionalidad no desaparece toda vez que la diferencia valorativa traería causa de su sexo.

El caso límite para contrastar las anteriores reflexiones sería el de los malos tratos recíprocos, donde la ley castiga más al hombre que a la mujer porque en la agresión del hombre a la mujer o existiría un móvil discriminatorio presunto o, en el mejor de los casos, precisado de prueba, sólo posible en esa agresión, o se valoraría, como implícito, un desvalor adicional discriminatorio, ausente por decisión del legislador en la agresión contraria. De tal modo que al hombre o se le castiga más por lo que es que por lo que hace, o se presume en lo que hace algo que no se corresponde necesariamente con la totalidad de casos, afirmaciones demasiado problemáticas para justificar razonable y objetivamente la desigualdad.

A continuación, bajo el epígrafe «la agravación y el abuso de superioridad», se analizan las dos restantes hipótesis de fundamento de la agravación, ya mencionadas. En principio, la situación de especial vulnerabilidad de la víctima puede entenderse que genera, paralelamente, una situación de superioridad en el agresor. Pero, en las agravantes así definidas (por ejemplo, en sede de delitos sexuales en el artículo 180.3 CP) no se exige necesariamente la nota de abuso de la situación de vulnerabilidad, bastando con que el sujeto conozca esa situación. En cambio, la nota subjetiva entra en la definición del abuso de superioridad, exigiendo la jurisprudencia que concurra: una situación objetiva de poder físico o anímico del agresor sobre su víctima que determine un desequilibrio de fuerzas favorable al primero; el abuso o consciente aprovechamiento de ese desequilibrio por parte del agresor para la mejor y más impune realización del delito; y, por último, la accesoriedad del exceso de fuerzas en la realización del delito de que se trate, de manera que no deba entenderse implícito, ya por estar incluido como un elemento del tipo, ya por ser la única forma de poder consumarlo. La característica común es la desproporción de fuerzas que debilita las posibilidades de defensa de la víctima. El abuso de superioridad construido a partir de la posición dominante del hombre sobre la mujer, en abstracto, además de reprobable en sí mismo desde el punto de vista de la igualdad, en cuanto elevaría una observación sociológica a la categoría de presupuesto jurídico de agravación en el caso concreto, se reconduciría a la hipótesis ya expuesta de interpretación de la norma como medida antidiscriminatoria.

Para la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, no es precisa demasiada argumentación para rechazar el abuso de superioridad como fundamento de la agravación, puesto que en cuanto presunto, vulneraría el derecho a la presunción de inocencia: no es, desde luego, una realidad exenta de prueba la superioridad física de todo hombre en relación con su pareja. En cuanto se exigiese su prueba, en un intento de acomodar el precepto a las mínimas exigencias constitucionales, se revelería como una medida excesiva, en cuanto impediría su aplicación al sujeto activo mujer en iguales circunstancias, para conseguir un resultado que, sin comprometer el derecho a la igualdad, podría alcanzarse eficazmente con la aplicación de la agravante genérica o la específica de persona especialmente vulnerable. El abuso de superioridad es una agravante «relacional» en cuanto que reclama una comparación de fuerzas y capacidades de ataque y defensa en el sujeto activo y pasivo, respectivamente. Si no puede presumirse en el hombre una superior capacidad de ataque o de debilitación de la defensa por el solo hecho de serlo, tampoco puede presuponerse una capacidad limitada o disminuida de defensa en la mujer, por el hecho de serlo. Ni siquiera por la común implicación de uno y otro en una relación, actual o pasada, de pareja, como nota añadida al sexo. Asumir lo contrario implicaría el reconocimiento jurídico, como presupuesto fáctico de agravación, de un estereotipo según cual tales son las posiciones respectivas de hombre y mujer en sus relaciones

afectivas, lesionándose así gravemente el derecho a la dignidad de la mujer.

También sería contraria a esa dignidad la presunción de una especial vulnerabilidad de la mujer frente al maltrato de su pareja. Precisamente, el derecho a la dignidad de la persona se ha destacado en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, al poner de manifiesto cómo los tratos desiguales hacia determinadas personas porque en ellas concurre alguna particularidad diferencial (por ejemplo, el sexo femenino de la víctima), supone una negación de su condición de seres humanos iguales a los demás, efecto este que afecta a su dignidad personal.

La posibilidad de enlazar esta especial vulnerabilidad de la mujer con la identificación de un colectivo de riesgo en las mujeres respecto de sus parejas masculinas no podría utilizarse como justificación de la diferencia de trato en la norma legal cuestionada. Una cosa es identificar, a través de estadísticas, estudios o informes esa realidad sociológica, y de manera legítima y responsable adoptar medidas legislativas consecuentes con esa identificación, y otra, muy distinta, presumir que toda mujer víctima de un maltrato ocasional por parte de su pareja o ex pareja masculina, como perteneciente a ese colectivo identificado de riesgo, es especialmente vulnerable. El Tribunal Constitucional rechaza las medidas en las que predomina una «visión paternalista» de la mujer y en las que el privilegio instituido a su favor se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella. Según se reseña en el Auto de planteamiento de esta cuestión, postulados normativos como el que se cuestiona, aunque pretendan lo contrario, no hacen sino incidir en la imagen de debilidad y postración de la mujer, como persona vulnerable o inferior, necesitada de una especial protección, ya provenga ésta, como sucedía en la convicción social de tiempos pasados, del padre o el marido, ya, como parece suceder ahora, del Estado.

La parte argumentativa del Auto se cierra con un resumen de las tesis expuestas. En este resumen se concluye que la norma cuestionada establece una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo y pasivo, cuya justificación corresponde al legislador, y que las hipótesis justificativas que se han ensayado para acomodar la norma a los preceptos constitucionales no satisfacen las exigencias de los artículos 14, 24.2 y 10 CE, considerando en particular que no puede reconocerse un criterio objetivo suficientemente razonable, de acuerdo con los criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Y ello porque la prevención general no justifica, por sí sola, una diferencia de trato en sede penal, por razón de sexo; la norma no tiene naturaleza «promotora» de la mujer y no puede ampararse en la noción de «acción positiva» como justificación de la desigualdad; la norma tampoco se justifica como «protectora» de la mujer como tal o como víctima de la violencia. Por otra parte, la norma entendida como medida antidiscriminatoria tendría una finalidad legítima, pero la forma en que se ha articulado no justifica la desigualdad constatada. En definitiva, la introducción de la desigualdad, por la naturaleza penal de la norma y no por la incidencia punitiva concreta, se considera que significa un coste fáctico inasumible para los valores constitucionales.

Para perseguir con severidad el maltrato conyugal, fenómeno cuya gravedad en ningún momento se niega, bastaba con agravar las penas sin distinguir sexos. En cambio, ofrecer una respuesta escasa, pero realmente más grave, en apariencia inofensiva o simbólica, con el fin de enviar a la ciudadanía, a los colectivos de mujeres o de mujeres maltratadas, un mensaje de engañosa contundencia, no parece una justificación razonable y objetiva para la desigualdad generada, sino, más bien, «un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho» (STC 55/1996, de 28 de marzo).

2. Informe del Ministerio Fiscal.

El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 24 de octubre de 2005, interesando la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales y por ser notoriamente infundada.

Respecto a los primeros, se aduce que la Magistrada Juez, al final del plenario, sometió a las partes la cuestión de inconstitucionalidad y les dio traslado para alegaciones, pero omitió toda mención al precepto cuestionado, señalando la vulneración de los artículos 10, 14 y 24 CE sin otra especificación, lo cual motivó que el letrado defensor del acusado se refiriera a cuestiones ajenas a las finalmente planteadas. Y si bien con posterioridad se dictó una providencia reiterando a las partes el trámite de alegaciones acordado, tal providencia no se dictó con la finalidad de subsanar las deficiencias de la anterior resolución y abrir un nuevo plazo de alegaciones, sino como mero recordatorio de lo anteriormente acordado, dictándose el 29 de julio Auto de elevación de la cuestión. Con esta forma de proceder, el órgano judicial no habría realizado la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal en los términos previstos en el artículo 35.2 LOTC, incumpliendo las exigencias procesales del artículo 37.1 LOTC (ATC 118/2005, de 15 de marzo).

En cuanto al fondo del asunto, después de invocar la jurisprudencia constitucional sobre el

artículo 14 CE (SSTC 182/2005, de 4 de julio; 213/2005, de 21 de julio; 28/1992, de 9 de marzo), y sobre la violencia doméstica (ATC 233/2004, de 7 de junio), reproduciendo el texto del precepto cuestionado (artículo 153.1 CP), el Fiscal General del Estado sintetiza las dudas de constitucionalidad de la norma cuestionada, que esencialmente se centran en que aquélla establece una diferencia punitiva en la medida de prisión y en la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (y otros) que se basa en el solo extremo del sexo del agresor y de la víctima. La previsión de diferencias punitivas por razón se sexo ofrecería una dificultad especial, aunque no estaría vedada la diferencia de trato, que sin embargo requeriría una justificación reforzada por tratarse del ámbito penal y tomarse en consideración uno de los criterios de discriminación que la Constitución prohíbe.

A continuación se examinan las afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que introdujo las reformas en el Código Penal mediante las cuales se incorporó el precepto cuestionado. En este punto, se destaca la consideración que hace el legislador de la violencia de género como problema de dimensión universal y de gravedad extrema, siendo uno de los ámbitos en que se produce el de las relaciones de pareja, donde los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino sitúan a la mujer en una posición de subordinación.

El Fiscal General del Estado estima, al contrario de la Magistrada Juez proponente, que las relaciones de pareja y el sexo de los miembros de la misma carecen en la realidad social de la neutralidad que se predica, siendo constatables los condicionamientos socioculturales que actúan sobre género femenino y masculino, así como el hecho de que las mujeres son objeto de agresiones en una proporción muy superior a las que ellas ocasionan. De ahí que la toma en consideración de ambos datos por el legislador penal no carezca de una justificación objetiva y razonable, dado que en el ámbito de las relaciones de pareja, con carácter mayoritario, uno de los sexos intervinientes es el agresor y el otro la víctima. Se constata así una forma delictiva con autonomía propia caracterizada por unas conductas que encierran un plus de antijuridicidad, al ser expresivas de unas determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer que implicaría el desconocimiento por parte de aquél de los derechos más elementales de éstas.

Se señala a continuación que el problema social de la violencia doméstica es el que ha llevado al legislador a adoptar diversas medidas en la Ley Orgánica 1/2004, poniendo de manifiesto, además de la posición desventajosa de las mujeres respecto a los hombres, que su protección ante los actos de maltrato requiere la adopción de medidas distintas de las que se deben adoptar para proteger en general a las víctimas. Además, la agravación punitiva no sólo se produce en el ámbito de la violencia doméstica, sino que es extendida por el legislador a otras relaciones en las que concurran en la víctima circunstancias objetivas de desprotección. El legislador sólo ha tomado en consideración el tipo de relación familiar y el sexo de los sujetos intervinientes cuando dichos extremos tienen incidencia criminógena, apareciendo afectado el derecho a la igualdad de las víctimas. Aquél ha dotado a los órganos judiciales de la posibilidad de imponer las penas de trabajos en beneficio de la comunidad en las que no ha efectuado exasperación punitiva alguna, sólo prevista para la pena alternativa de prisión en su límite mínimo y para la facultad de inhabilitación en su límite máximo, poniendo en manos de Jueces y Tribunales una variedad de respuestas penales que ajusten la respuesta punitiva a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En definitiva, al configurar la figura agravada que se discute en esta cuestión el legislador habría atendido a elementos diferenciadores que tienen una indudable justificación, pues en el «tipo de relaciones de que se trata» y el «sexo de los que las mantienen o las han mantenido» guarda relación con la producción de «ataques a bienes y derechos de constitucionales de innegable transcendencia» y con que «tales actos constituyan uno de los mayores fenómenos delincuentes de nuestro tiempo». Por ello su toma en consideración no puede tildarse de carente de justificación, no habiéndose restringido el fin que con esa agravación punitiva se persigue a la protección de las mujeres en las relaciones de pareja sino que se ha extendido a todas las víctimas que reclaman especial protección sin distinción de sexo, y en virtud de la técnica punitiva empleada se ha ofrecido a los Jueces y Tribunales la posibilidad de que valoren la incidencia que tales condiciones han tenido en el caso concreto, permitiendo una respuesta punitiva a cada caso específico, por lo que las consecuencias de la disparidad normativa no son desproporcionadas.

3. Alegaciones del Abogado del Estado.

Empieza su escrito interesando la inadmisión de la cuestión planteada por incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 35.2 LOTC. Del acta de la sesión del juicio oral se deduciría que la juzgadora concedió un término de diez días para la formulación de alegaciones por las partes y el Ministerio Fiscal, pero sin indicar la duda de constitucionalidad ni el precepto legal cuestiona-

do, limitándose a mencionar los artículos 10, 14 y 24 CE. La posterior providencia de 22 de julio de 2005, en la que sí se mencionaba el artículo 153.1 CP, no vendría a sanar los defectos del trámite precedente pues se limita a reiterar la decisión adoptada en la sesión del juicio oral. De ahí que ni por su tramitación ni por su contenido puede darse por cumplido el trámite de audiencia a las partes previsto en el artículo 35.2 LOTC, pues no basta la mera cita numérica de los preceptos constitucionales.

Seguidamente, el escrito del Abogado del Estado pasa a examinar el juicio de relevancia, señalando que las argumentaciones del Auto de planteamiento, especialmente intensas en relación a la proporcionalidad, suscitan dudas acerca de si las objeciones al precepto lo son por su inconstitucionalidad o a las conveniencias de su aplicación. En este sentido, afirma que la cuestión de inconstitucionalidad ha de partir de unos hechos que permitan considerar aplicable una norma, siendo difícilmente aceptable medir la norma misma por un juicio de proporcionalidad basado en un caso en el que el propio juzgador deja traslucir su propia convicción acerca de su dificultosa subsunción en la norma cuestionada. Ello comporta que la fundamentación de la relevancia acuse una desviación de su objeto.

En cuanto a la objeción de inconstitucionalidad formulada al artículo 153.1 CP, el Abogado del Estado rechaza la premisa de la que parte el Auto de planteamiento, al vincular de forma rígida la aplicación del precepto legal a una previa identificación del autor y de la víctima por razón de sexo, pasando de puntillas sobre el hecho de que la descripción del tipo penal en el precepto cuestionado contempla a la «persona especialmente vulnerable» como víctima del delito, y no sólo al género femenino. La juzgadora examinaría los potenciales fundamentos de la norma penal cuestionada, realizando una lectura fragmentada del artículo 153.1 CP según la víctima, pues si se trata de una persona especialmente vulnerable constituye un tipo penal distinto y diferenciado, que debería segregarse del resto del precepto por cuanto el fundamento de la censura penal se encuentra en la propia vulnerabilidad del sujeto; mientras que si la víctima es una mujer entonces el fundamento no es la vulnerabilidad sino el sexo. Ese fraccionamiento del texto, segregando las víctimas vulnerables de las mujeres lleva a esa pretendida contraposición de los sexos para ocupar cada uno de ellos los lados activo y pasivo del delito.

A continuación apunta el Abogado del Estado que el derecho que se considera primordialmente afectado, según el Auto de planteamiento, es la igualdad por razón de sexo, dada la diferencia de tratamiento entre varón (artículo 153.1 CP) y mujer (artículo 153.2 CP) en la agravación de la pena imponible a la comisión de la lesión o maltrato. El primer apartado del precepto reduce el espectro de la pena imponible al situar el mínimo en seis meses en lugar de los tres meses del párrafo segundo. Pues bien, a su juicio, esa pretendida discriminación parte de una premisa rechazable ya que el Auto de planteamiento identifica los sujetos activo y pasivo de la infracción punible por razón de sexo, lo cual resulta de fraccionar el precepto cuestionado sustrayendo de su enunciado a la persona especialmente vulnerable. Sin embargo, tanto el sujeto activo del artículo 153.1 CP como la víctima pueden ser tanto el hombre como la mujer.

La redacción del precepto está principalmente inspirada por la protección de la mujer en el seno de la relación conyugal, ámbito en el cual aquélla es el ser más débil como demostraría la realidad cotidiana. Pero la escisión del precepto en dos categorías penales diferenciadas ha impedido ver a la promotora de la cuestión las posibilidades que permite apreciar la conjugación interpretativa de estos términos yuxtapuestos: el sexo femenino y la especial vulnerabilidad. Una interpretación conjunta de esos dos términos permite una interacción recíproca en la medida de cada uno de ellos. Lo que la ley penal persigue evitar es esa actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión en el círculo íntimo de la relación conyugal. Aunque inspirado en este objetivo, el precepto cuestionado no es reconducible al esquema simplista que propone el Auto, colocando en exclusividad a los sexos en el lado activo y pasivo del delito.

En cuanto a los otros preceptos constitucionales pretendidamente vulnerados por la norma cuestionada, el Abogado del Estado entiende que el Auto no ofrece argumentación específica sobre el artículo 24.2 CE, mientras el artículo 10 CE aparece aludido por la relación que se establece en el artículo 153.1 CP entre la mujer y la persona especialmente vulnerable, que entrañaría un cierto menosprecio, apreciación que debe rechazarse.

4. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional.

A) Planteamiento de la cuestión.

Los problemas planteados en esta cuestión de inconstitucionalidad se efectuará sólo en relación con el artículo 153.1 CP en cuanto dispone que «el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeare o maltra-

tare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, ... será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año ...». La duda que suscita el órgano promotor de la presente cuestión se centra en su posible inconstitucionalidad a la vista de que, en su interpretación del precepto y en comparación con el del artículo 153.2 CP, establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el artículo 14 CE y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad. En concreto, en la lectura del precepto que hace el Auto de cuestionamiento respecto a sus sujetos activo y pasivo, el delito de maltrato ocasional tipificado en el artículo 153.1 CP se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año cuando el sujeto activo fuera un varón y el sujeto pasivo una mujer, mientras la misma conducta es castigada con la pena de prisión de tres meses a un año si el sujeto activo fuera una mujer y el sujeto pasivo un varón (artículo 153.2 CP). La diferenciación se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio, pues de la pena del artículo 153.1 CP queda excluido el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión que sí forma parte del marco penal del artículo 153.2 CP.

B) Precisiones previas.

Expuesta la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con parte del enunciado del artículo 153 CP –que conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal–, su análisis exige dos precisiones previas en torno al contenido de este precepto. Estas precisiones son relevantes en la medida en que afectan al área de las conductas que la Magistrada cuestionante considera como injustificadamente diferenciadas a efectos punitivos. La primera precisión se refiere a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito. La segunda precisión se refiere a la inclusión en el enunciado del artículo 153.1 CP de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

a) Autoría necesariamente masculina

El círculo de sujetos activos del delito se describe en el tipo por «el que» y por que la ofendida «sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Aunque la Magistrada cuestionante admite al respecto que cabría incorporar también una autoría femenina al delito, dado que la expresión «el que», utilizada en el artículo 153.1 CP y en numerosos artículos del Código Penal, tiene un significado neutro que no designa exclusivamente a personas de sexo masculino, y dado que la relación conyugal o de afectividad descrita en el precepto cuestionado es posible entre mujeres, termina sosteniendo que el sujeto activo del delito ha de ser un varón. Sustenta esta interpretación en la referencia expresa como sujeto pasivo del delito a «la ofendida que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [al autor] por una análoga relación de afectividad» y en el propósito de la ley que genera la norma de combatir la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (artículo 1.1 Ley Orgánica 1/2004).

Como expresa el propio Auto de planteamiento y anteriormente se ha dicho, la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso («el que») del artículo 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable. A los efectos de nuestro enjuiciamiento actual nos basta sin embargo con constatar la existencia de otras posibilidades interpretativas y la validez inicial de la realizada por el órgano judicial, en el sentido, convergente con el que demanda el derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE, de que no es constitutiva de una creación judicial de la norma, atentatoria del monopolio legislativo en la definición de los delitos y las penas: esto es, de que no es una interpretación irrazonable –semántica, metodológica y axiológicamente irrazonable (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7)–, sin que más allá nos corresponda evaluarla desde parámetros de calidad o de oportunidad. No sobra sin embargo destacar que este entendimiento judicial de la norma supone, en principio, una diferenciación que afecta tanto a la sanción como a la protección: que lo que la Juez cuestionante plantea es tanto que se sanciona penalmente más a los hombres que a las mujeres por lo que entiende que son los mismos hechos, como que también se protege penalmente más a las mujeres que a los hombres frente a lo que considera que es una misma conducta.

Esta diferenciación no sólo es más pronunciada que la que supondría una lectura del primer inciso del artículo 153.1 CP con un sujeto activo neutro por tratarse de una doble diferenciación (de sujeto activo o de sanción y de sujeto pasivo o de protección), sino también porque incorpora la que resulta más incisiva de las dos (de sujeto activo). Es mayor la intensidad de la diferenciación cuando se refiere a la sanción que cuando se refiere a la protección, siquiera sea porque cuando la sanción constituya la privación de un derecho fundamental, y significativamente del derecho a la libertad, se tratará de una diferenciación relativa al contenido de los derechos fundamentales, al contenido de la libertad. Procede recordar que las normas penales con pena privativa de libertad «suponen un desarrollo del derecho a la libertad ... . El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el artículo 10.1 CE, es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un Ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del artículo 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo "en los casos y en la forma previstos en la Ley": en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código Penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas» (STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5).

Nuestro punto de partida en relación con el sexo del sujeto activo ha de ser, en suma, el que aporta el órgano cuestionante, porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Sólo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir nuestra tarea de «explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución» (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8; 131/2006, de 21 de abril, FJ 2; 235/2007, FJ 7).

b) Sujeto pasivo alternativo, descrito como «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

La segunda precisión en torno a los contornos típicos del enunciado cuestionado se refiere a su inserción en un panorama normativo complejo, en el que el inciso siguiente del artículo 153.1 CP añade como sujeto pasivo a la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (artículo 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (artículo 153.2 CP). Así, si respecto de las agresiones a personas especialmente vulnerables no hay restricción alguna en el sexo del sujeto activo, resultará que la misma pena que se asigna a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina (la pena del artículo 153.1 CP) será la que merezcan las demás agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron cuando el agredido o la agredida sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o la autora de la agresión.

C) Doctrina general sobre el principio de igualdad.

De acuerdo con nuestra doctrina sobre el artículo 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. Así, cabe contemplar «en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (STC 200/2001, FJ 4). En palabras conclusivas de la STC 222/1992, de 11 de diciembre,

«los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (FJ 6; también SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3; 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

La virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. «Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe» (STC 200/2001, FJ 4). No obstante, como destaca la Sentencia citada, «este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8 ...), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación» (FJ 4).

D) Justificación sobre la legitimidad del poder legislativo para tipificar conductas e imponer penas.

Nuestro análisis relativo a la adecuación constitucional del artículo 153.1 CP desde la perspectiva del artículo 14 CE ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Es al legislador al que compete «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador (STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4) y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea «el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución», demarca «los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal ... Lejos ... de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (STC 161/1997, FJ 9). Así, nuestro análisis actual del artículo 153.1 CP no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa.

E) Justificación de la diferenciación normativa.

a) Previa: No constituye el sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados.

A la luz de la doctrina antes reseñada en torno al doble contenido del artículo 14 CE (principio general de igualdad y prohibición de discriminación) debemos precisar que el Auto de planteamiento invoca la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general contenida en el primer inciso del mismo. Como luego habrá ocasión de explicitar, es ésta la perspectiva adecuada de análisis el precepto, pues a la vista del tipo de conductas incriminadas en el artículo 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el artículo 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del artículo 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.

b) Justificación del tratamiento diferenciado.

El principio general de igualdad del artículo 14 CE exige, según la doctrina jurisprudencial citada, que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. Descartada en este caso la falta de objetividad de la norma, pues indudable resulta su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias (FJ 10), distinguiendo lógicamente en el primero entre la legitimidad del fin de la norma (FJ 8) y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada (FJ 9), tal como se apuntaba anteriormente con cita de la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales.

La Exposición de Motivos y el artículo que sirve de pórtico a la Ley son claros al respecto. La Ley «tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (artículo 1.1 LO 1/2004). Este objeto se justifica, por una parte, en la «especial incidencia» que tienen, «en la realidad española ... las agresiones sobre las mujeres» y en la peculiar gravedad de la violencia de género, «símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad», dirigida «sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión», y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja (Exposición de Motivos I). Por otra parte, en cuanto que este tipo de violencia «constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución», los poderes públicos «no pueden ser ajenos» a ella (Exposición de Motivos II).

Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es «elemento definidor de la noción de ciudadanía» (STC 12/2008, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad.

La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada –la que se produce entre los artículos 153.1 y 153.2 CP– no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma. No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que, considerados en el primero de los preceptos citados, la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora. Será necesario que resulte adecuada una diferenciación típica que incluya, entre otros factores, una distinta delimitación de los sujetos activos y pasivos del tipo: que sea adecuado a la legítima finalidad perseguida que el tipo de pena más grave restrinja el círculo de sujetos activos –en la interpretación de la Magistrada cuestionante, que, como ya se ha advertido, no es la única posible– y el círculo de sujetos pasivos.

La justificación de la segunda de estas diferenciaciones (de sujeto pasivo o de protección) está vinculada a la de la primera (de sujeto activo o de sanción), pues, como a continuación se expondrá, el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también de quién sea la víctima. Debe señalarse, no obstante, que esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena.

La cuestión se torna más compleja en relación con la diferenciación relativa al sujeto activo, pues cabría pensar *a priori* que la restricción del círculo de sujetos activos en la protección de un bien, no sólo no resulta funcional para tal protección, sino que se revela incluso como contraproducente. Así, si la pretensión fuera sin más la de combatir el hecho de que la integridad física y psíquica de las mujeres resulte menoscabada en mucha mayor medida que la de los varones por agresiones penalmente tipificadas, o, de un modo más restringido, que lo fuera sólo en el ámbito de las relaciones de pareja, la reducción de los autores a los varones podría entenderse como no funcional para la finalidad de protección del bien jurídico señalado, pues mayor eficiencia cabría esperar de una norma que al expresar la autoría en términos neutros englobara y ampliara la autoría referida sólo a aquellos sujetos. Expresado en otros términos: si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos.

Con independencia ahora de que la configuración de un sujeto activo común no deja de arrostrar el riesgo de una innecesaria expansión de la intervención punitiva –pues cabe pensar que la prevención de las conductas de los sujetos añadidos no necesitaba de una pena mayor–, con una especificación de los sujetos activos y pasivos como la del inciso cuestionado del artículo 153.1 CP no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena. Esto último, como se ha mencionado ya, es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que no podemos calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta –cultural la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade

un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.

Esta razonabilidad legislativa en la apreciación de este desvalor añadido no quiebra, como alega el Auto de cuestionamiento, porque tal desvalor no haya sido considerado en otros delitos más graves –maltrato habitual, delitos contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidio–. De un lado, porque la comparación no desmiente la razonabilidad en sí de aquel juicio axiológico; de otro, porque tampoco objeta el precepto cuestionado desde la perspectiva del principio genérico de igualdad, al tratarse de delitos de un significativo mayor desvalor y de una pena significativamente mayor. Lo que la argumentación más bien sugiere es o un déficit de protección en los preceptos comparados –lo que supone una especie de desproporción inversa sin, en principio, relevancia constitucional– o una desigualdad por indiferenciación en dichos preceptos merecedora de similar juicio de irrelevancia.

Lo mismo sucede respecto a la objeción de que la agravación se haya restringido a las relaciones conyugales o análogas –sin inclusión, por ejemplo, de las paternofiliales–. Y más allá de que las relaciones comparadas –meramente sugeridas en el Auto de cuestionamiento– son relaciones carentes de la peculiaridades culturales, afectivas y vitales de las conyugales o análogas, debe subrayarse que cuando las mismas son entre convivientes cabe su encuadramiento en el artículo 153.1 CP si se considera que se trata de agresiones a personas especialmente vulnerables.

Como el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.

c) La norma no conduce a consecuencias desproporcionadas que resulten inaceptables desde el punto de vista constitucional.

La legitimación constitucional de la norma desde la perspectiva del principio general del igualdad (artículo 14 CE) requiere, además de la razonabilidad de la diferenciación, afirmada en los dos fundamentos anteriores, que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional. Este análisis de ausencia de desproporción habrá de tomar en cuenta así tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue. El baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de «contenido mínimo», en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12). Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable *ex* principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

Tampoco con la perspectiva de esta tercera exigencia de la igualdad merece reproche constitucional la norma cuestionada. Es significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave (artículo 153.1 CP) y frente a la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad. Tal protección es protección de la libertad y de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de las de sus parejas o ex parejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación.

Desde el punto de vista de los supuestos diferenciados debe recordarse que el precepto más grave sólo selecciona las agresiones hacia quien es o ha sido pareja del agresor cuando el mismo es un

varón y la agredida una mujer (artículo 153.1 CP), en la interpretación del Auto de cuestionamiento, y que equipara a las mismas las agresiones a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. Como ya se ha apuntado, podrán quedar reducidos estos casos de diferenciación si se entiende que, respecto a estos últimos sujetos pasivos, el sujeto activo puede ser tanto un varón como una mujer, pues en tal caso el artículo 153.1 CP podrá abarcar también otros casos de agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron: las agresiones a persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora.

Desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el artículo 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año), debiendo subrayarse, con la Fiscalía, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el artículo 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del artículo 153.1 CP pueda rebajarse en un grado «en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho», si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al artículo 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del artículo 153.1 CP.

De la variedad de recursos que pone el legislador en manos del juez penal merece la pena destacar, en suma, que, cuando la agresión entre cónyuges, ex cónyuges o relaciones análogas sea entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del artículo 153.1 CP –sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer– y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que por las razones expuestas cabe entender como de mayor desvalor. Asimismo, el legislador permite calibrar «las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho» con la imposición de la pena inferior en grado (artículo 153.4 CP), que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del artículo 153.2 CP.

F. ¿Puede infringir el artículo 153.1 el principio de culpabilidad penal?

En el marco de la argumentación del cuestionamiento de la norma *ex* artículo 14 CE, se encuentran dos alegaciones que se expresan como de contrariedad de la misma al principio de culpabilidad penal. La primera se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima. La segunda objeción relativa al principio de culpabilidad, de índole bien diferente, se pregunta si no se está atribuyendo al varón «una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor».

a) No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones –los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento– a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (artículo 10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.

B) Tampoco puede estimarse la segunda objeción. Cierto es que «la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal» [STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 A); también SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2] como derivación de la dignidad de la persona [STC 150/1991, FJ 4 B)], y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo

en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede «imponerse al sujeto responsable del ilícito penal» [STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; también, SSTC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 B)]; «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos» [STC 150/1991, FJ 4 A)]; y no cabe «la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente» del sujeto sancionado, a si concurría «dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia» [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 A); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6], al «elemento subjetivo de la culpa» (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Que en los casos cuestionados que tipifica el artículo 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción.

Aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado del artículo 153.1 CP ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el Auto de cuestionamiento por comparación con el artículo 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el artículo 14 CE, como ha quedado explicado con anterioridad, porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad.

5. Votos particulares.

A) Formulado por el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas.

1. Comparto plenamente la sensibilidad de que hace gala la Sentencia respecto del pavoroso fenómeno social de la violencia producida en el ámbito de las relaciones de pareja, de la que no puede negarse que en una abrumadora mayoría son las víctimas más frecuentes las mujeres, y no así los hombres.

Comparto, igualmente, la apreciación de que el legislador en su política criminal puede, e incluso debe, reaccionar mediante la represión de tan odiosa violencia elaborando al respecto los tipos penales con los que sancionar a las personas que incurran en tan censurable conducta.

Pero, afirmados esos datos de coincidencia, la cuestión consiste en determinar si la concreta medida legislativa adoptada para tan plausible fin se ha ajustado a la exigencias constitucionales del moderno Derecho Penal, expuestas con convincente rigor en el Auto de planteamiento de la Cuestión de inconstitucionalidad por la Magistrada proponente de las mismas, cuya tesis al respecto comparto plenamente en la medida en que me separo, con la misma intensidad, de la respuesta que damos en nuestra Sentencia.

Conviene hacer una observación de partida y es la de la insignificancia de la modificación en que consiste el actual artículo 153.1.º del CP, que no supone propiamente, como insensiblemente induce a pensar la argumentación de la Sentencia, la creación de un tipo penal nuevo, referente a conductas de los varones unidos con una mujer en relación sentimental de pareja o ex pareja, diferente del que con anterioridad a la reforma incriminaba esa misma conducta, que tiene hoy su correlato en el artículo 153.2.º CP.

El verdadero cambio significativo en la represión de las conductas que nos ocupan se había producido (por cierto sin unánime aceptación en la doctrina penalista, factor de referencia en la comunidad jurídica no desdeñable cuando se manejan conceptos de razonabilidad en la aplicación del artículo 14 CE, según nuestra propia doctrina) con la modificación del artículo 153 CP por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que convirtió lo que antes era una simple falta en delito. Tal modificación, por cierto, fue objeto de las Cuestiones de Inconstitucionalidad núms. 458/2004 y 4570/2004, que fueron inadmitidas por los AATC 233/2004, de 7 de junio y 332/2005, de 13 de septiembre, que admitieron la constitucionalidad de la agravación

producida por el legislador. Debe destacarse en todo caso que en aquella modificación, como en el actual artículo 153.2.º, no se hacía distinción por razón de sexo; es decir, no se utilizaba el criterio de diferenciación, que es, más que la agravación en sí, insignificante, el que introduce el tipo cuestionado y la razón de su cuestionamiento.

Con dicho tipo (y con el del artículo 153.2.º CP si no fuera por la selección de víctimas en éste), al ser coincidentes el máximo de la pena a imponer (un año) y la pena alternativa, la mayor gravedad de la conducta del varón, cuando se den razones para ello, podría tener la respuesta de la imposición de la pena en el máximo coincidente, no modificado, lo que ya de por sí es exponente de la no necesidad de la modificación.

La diferencia se produce así, no en el máximo de la pena, sino en el mínimo, tres meses en el caso del artículo 153.2.º CP, y seis meses en el del artículo 153.1.º CP. La intervención agravatoria del legislador, asentada sobre la base, (la verdaderamente significativa) de la diferenciación por razón de sexo, se ha producido, pues, exclusivamente para la elevación del mínimo de tres a seis meses.

2. A mi juicio, la interpretación del tipo penal cuestionado no puede ser otra que la que propone la Magistrada cuestionante; y ello sentado, no me resulta aceptable que la Sentencia, tras reconocer, aunque en términos condicionales (FJ 4.º, párrafo segundo), que esa interpretación «conduciría, en efecto a su inconstitucionalidad si... fuera la única posible», se escude en «otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal», dato de hecho que en un juicio de constitucionalidad no creo que pueda suponer un riguroso criterio de análisis, pues el juicio de esos órganos jurisdiccionales en modo alguno puede sustituir al nuestro, ni al de la Magistrada cuestionante, que debe ser el objeto único de nuestro obligado enjuiciamiento.

3. La Sentencia tiene realmente el significado de una Sentencia de las denominadas interpretativas, sobre cuya base no resulta lógico que la interpretación apreciada como constitucionalmente aceptable, no se haya llevado al fallo, como se hiciera en la STC 24/2004, de 24 de febrero, en otra cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre otro tipo penal diferente del actual.

Si la Sentencia se hubiese atenido a la coherencia aconsejable con ese precedente y con la afirmación condicional de la inconstitucionalidad del precepto en la interpretación de la Magistrada cuestionante, a que me acabo de referir en el apartado anterior, lo normal hubiera sido que la declaración de inconstitucionalidad de esa interpretación se hubiese llevado al fallo, sin perjuicio de dejar a salvo las otras interpretaciones que la Sentencia (no yo, por supuesto) declara como posibles.

El no hacerlo así supone un grave riesgo de inseguridad jurídica, pues a la postre los órganos jurisdiccionales no tendrán certeza de si la interpretación cuestionada, perfectamente posible según la letra y sentido del precepto, y aceptada como tal por la propia Sentencia, es constitucional o no.

4. Toda la Sentencia se apoya en una base conceptual que, a mi juicio, resulta inadmisiblemente apodíctica: que las conductas previstas en el apartado 1.º del artículo 153 CP tienen mayor desvalor y consecuentemente mayor gravedad que las del apartado 2.º, lo que justifica que puedan ser sancionadas con mayor pena. En otros términos: que la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón a la mujer tienen mayor desvalor que las producidas en esa misma relación por la mujer al varón. Y es sobre esa base apriorística, que por mi parte rechazo, sobre la que se asienta la aplicación al caso del canon de la igualdad.

No puedo aceptar esa base de partida, pues el valor al que el proclamado desvalor corresponde, y que mediante el cuestionado tipo penal se protege, no puede ser otro que el de la dignidad, la libertad o la integridad corporal de la víctima, y en relación con esos valores me resulta sencillamente intolerable que puedan establecerse diferencias por razón de sexo, criterio de diferenciación que choca directamente con la proscripción del artículo 14 CE.

Late en el fondo una superada concepción de la mujer como sexo débil (aunque la Sentencia salga al paso de una interpretación tal en el FJ 11, apartado A), párrafo 2.º) sobre la posición de la mujer que no considero adecuada a las concepciones hoy vigentes sobre la posición de la mujer ante el Derecho y ante la sociedad.

El factor de la muy desigual frecuencia de las agresiones producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica, y no cabe, a mi juicio, convertir un factor numérico en categoría axiológica.

La mayor frecuencia de agresiones producidas por varones respecto de las mujeres que las producidas por éstas respecto a aquéllos podrá determinar la consecuencia de que deban ser más los varones sancionados que las mujeres; pero no me parece constitucionalmente aceptable que la gravedad de la conducta y la intensidad de su sanción se decidan en razón del sexo del autor y víctima del delito.

Frente a lo que afirma la Sentencia (FJ 7, párrafo 1.º) precisamente «constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados», y ese

tratamiento diferenciado me parece incompatible con el artículo 14 CE.

En el análisis de la comparación que la Magistrada cuestionante propone entre el apartado 1.º del artículo 153 y el 2.º la Sentencia discurre en el FJ 7 como si se tratase de la tipificación de dos conductas distintas, una con mayor gravead (la del apartado 1.º) que la otra (la del apartado 2.º). Pero ese planteamiento incurre, a mi juicio, en un error.

Entre ambos apartados del artículo 153 no existe una diferencia de delitos, ni de conductas, sino de víctimas, como lo evidencia la dicción legal del apartado 2.º al identicar los delitos: «si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera...». Se trata, pues, de un mismo delito y por tanto de igual desvalor, siendo así la diferenciación de víctimas la única razón del distinto trato penológico, y no un pretendido mayor desvalor, a menos que, contra la dicción inequívoca del texto legal, se afirme, como hace erróneamente la Sentencia, que los delitos son distintos.

Si la consideración del mayor desvalor es la clave de la Sentencia, o mejor, lo es la apreciación por el legislador de ese mayor desvalor como clave del tipo, lo mínimamente exigible, cuando se está cuestionando el precepto desde la óptica del artículo 14 CE, sería que ese mayor desvalor, que es en realidad lo cuestionado, se justificase de modo incuestionable. Y es el caso que esa justificación está ausente de la Sentencia.

La única explicación que se propone es la de que las conductas incriminadas en el artículo 153.1.º (FJ 7, párrafo 1.º) « no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada».

Como se ve se salta de afirmación apodíctica a afirmación apodíctica, pues no se ve la razón de que se pueda dar por sentado, cual se hace al argumentar así, que en el ámbito de las relaciones de pareja exista hoy una relación de desigualdad y una posición subordinada de la mujer, cualquiera que fuese la lamentable situación del pasado, y de la que la violencia incrimanada pueda ser trasunto.

Pauta cultural de desigualdad en el ámbito de la pareja, es expresión que se usa en la misma línea discursiva (FJ 9, apartado A, párrafo 4.º), y que de poder ser atendible supone el riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones, pues en rigor, si la conducta individual no se valora en los elementos de su propia individualidad en el plano de la culpa, sino en cuanto trasunto de un fenómeno colectivo, la sombra de la culpa colectiva aparece bastante próxima.

La Sentencia, pues, pese a su extensión, se asienta sobre el vacío, ya que a lo largo de todos sus fundamentos a la hora de aplicar el canon del artículo 14 CE en sus diversos criterios componentes, reaparece en cada caso, a modo de un estribillo constante, la alusión al mayor desvalor y gravedad, carentes de partida, como se ha dicho, de justificación argumental en la Sentencia.

5. A la hora de analizar el tipo penal cuestionado desde la óptica de la igualdad, (dada la comparación que se propone por la Magistrada cuestionante entre el artículo 153.1.º y el 153.2.º; o mejor, la posición de los varones y las mujeres en relación a los respectivos tipos), y a efectos de aplicar el canon usual en nuestra doctrina sobre la aplicación del artículo 14 CE, no considero que la diferencia de trato entre varones y mujeres pueda superar el primer elemento de razonabilidad, en contra de lo que al respecto se razona en la Sentencia.

Habida cuenta de que el problema consiste en justificar una diferenciación que en el nuevo tipo legal se establece en razón de la condición de varón del autor, (según he sostenido antes contra lo afirmado en la Sentencia), es necesario demostrar «que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin [el de la mayor protección de la mujer] frente a una alternativa no diferenciadora» (FJ 9, párrafo 1.º).

Pues bien, si se advierte que esa «alternativa no diferenciadora» era precisamente la que se materializaba en la precedente redacción del artículo 153 CP; que la pena establecida en su máximo y en su pena alternativa era la misma que la del actual artículo 153.2.º, tras la modificación producida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (máximo y pena alternativa a su vez coincidentes con las del correlativo artículo 153.1.º actual), y que la única diferencia de pena, según se indicó al principio, consiste en el mínimo (elevación de tres a seis meses), el factor a justificar desde el prisma conceptual de la razonabilidad no es otro que el de ese mínimo.

Y al respecto debe destacarse que el nivel de pena fijado por el grado mínimo del nuevo tipo podía perfectamente alcanzarse en el precedente, el de «la alternativa no diferenciadora», de que habla el texto de la Sentencia, lo que pone en evidencia la innecesariedad de la modificación legal, pues de existir alguna circunstancia especialmente significativa en el caso de la agresión del varón a la mujer en la relación de pareja, en el sentido del mayor desvalor que arguye la Sentencia, a la hora de la individualización de la pena dentro del margen penológico del tipo de precedente vigencia (coincidente, como se ha señalado con insistencia, con el del actual artículo 153.2.º CP) quedaría abierta la vía

para su imposición en un grado igual o superior al que establece el mínimo del tipo hoy vigente, objeto de la Cuestión de Inconstitucionalidad.

Si, pues, desde la funcionalidad al fin de protección de la mujer, el tratamiento penológico diferenciado por razón de sexo resultaba innecesario, considero que en dichas condiciones la introducción legal de una diferencia por razón de sexo no puede ser en modo alguno razonable.

6. La Sentencia insensiblemente está introduciendo un elemento en el tipo, a lomos de la idea del mayor desvalor que, a mi juicio, no consta ni explícita ni implícitamente en aquél, lo que resulta vedado por el principio penal constitucional de legalidad, incluible, según constante doctrina de este Tribunal Constitucional, en el artículo 25 CE.

La Sentencia trata de justificar lo hecho por el legislador por las razones que, a su juicio, le llevaron a hacerlo, cuando, al mío, se deben diferenciar uno y otro plano.

Las razones que llevaron al legislador a modificar el Código Penal para intensificar la represión de las agresiones inferidas a las mujeres en las relaciones de pareja (por cierto las de menor entidad, que no son precisamente la que provocan el horror que nos presenta la vida diaria de tantas víctimas, y en las que insensiblemente se piensa al enfrentarse al tipo cuestionado, que nada tiene que ver con aquéllos), quedan fuera del tipo penal, si no se introducen explícitamente en él; y por tanto no pueden ser elemento de consideración, al enjuiciar la constitucionalidad del tipo, so pena de desbordar los límites del artículo 25 CE.

En tal sentido emito mi Voto.

B) Formulado por el Magistrado don Javier Delgado Barrio.

1. Mi discrepancia va referida fundamentalmente al Fallo, pues cuestionada en estos autos la constitucionalidad del artículo 153.1 CP, y dado que la Sentencia no declara expresamente su carácter interpretativo, la simple lectura del pronunciamiento desestimatorio puede conducir a la conclusión de que el citado precepto, con el solo contenido que expresamente recoge, resulta ser conforme con la Constitución.

Y no es así. Como fácilmente se aprecia en el sentido implícito en los razonamientos jurídicos de la Sentencia, y en términos más expresivos en el segundo párrafo de su Fundamento Jurídico 4, la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación última esta de la que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el artículo 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya «manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» [FJ 9.A)].

2. En efecto, la Sentencia hace una interpretación sistemática y finalista del artículo 153.1 CP –artículo 3.º1 del Título Preliminar del Código Civil– y, atendido su contexto –artículo 1.º de la Ley Orgánica 1/2004–, en el que encuentra su finalidad, llega a una clara conclusión:

La *ratio* de la constitucionalidad del precepto, interpretado a la luz de su finalidad, es el «mayor desvalor» de «las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva» y que «tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» –FJ 9.A)–. De ello deriva evidentemente que cuando no concurra ese «mayor desvalor», es decir, cuando no concurra esa situación de discriminación, desigualdad o relación de poder, que es la justificación constitucional del precepto, éste devendrá inaplicable.

Y esta inaplicabilidad del artículo 153.1 CP por no apreciarse en los hechos enjuiciados en cada proceso la situación señalada, en lo que es propio de la técnica jurídica penal, significa que la invocada situación de discriminación, desigualdad o relación de poder se integra en el tipo, como elemento de hecho constitutivo del mismo, lo que justifica su inaplicación cuando no concurre por virtud de las exigencias materiales del principio de legalidad –artículo 25.1 CE–.

3. Esta introducción en el tipo descrito en el artículo 153.1 CP de un nuevo elemento que no aparece en su texto expreso hace necesario examinar si se han respetado las garantías materiales de la predeterminación normativa propia del ámbito sancionador que se establecen en el artículo 25.1 CE.

Entiendo que los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica –STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 6– permiten, mediante una interpretación sistemática y finalista del artículo 153.1 CP, llegar a la solución que implícitamente mantiene la Sentencia y que conduce a reducir el ámbito incriminatorio del precepto, sin traspasar los límites propios de la función de este Tribunal como colegislador negativo.

4. Ya en este punto, es de subrayar que todas las sentencias dictadas, en lo que ahora importa, en los procesos de declaración de inconstitucionalidad,

en cuanto que en ellas se «enjuicia la conformidad o disconformidad» –artículo 27.1 LOTC– con la Constitución de la norma objeto del debate, han de llevar a cabo la tarea dirigida a indagar el sentido de dicha norma, «operación que forzosamente coloca a este Tribunal en el terreno de la interpretación de la legalidad» –STC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6–, de suerte que la conclusión a la que se llegue en este terreno constituye un *prius* lógico insoslayable para decidir sobre la constitucionalidad del precepto debatido.

Es claro, pues, que tanto las sentencias estimatorias como las desestimatorias, en cuanto que han de llegar a un determinado entendimiento del precepto discutido, podrían considerarse interpretativas. Pero no es este concepto tan amplio el que venimos utilizando: una sentencia puede calificarse de interpretativa, en el sentido propio de esta expresión, cuando excluye una cierta interpretación por inconstitucional, o cuando impone otra por entender que es la conforme con la Constitución. Y en estos supuestos, dado que se está llevando a cabo un esclarecimiento, mejor, una depuración del ordenamiento jurídico, precisamente para asegurar la primacía de la Constitución –artículo 27.1 LOTC–, la seguridad jurídica en conexión con el principio de la publicidad de las normas –artículo 9.3 CE– demandan que la nueva claridad que deriva de la sentencia, a publicar en el Boletín Oficial del Estado –artículo 164 CE–, se haga ostensible en la parte de ésta que es más adecuada para ello, es decir, obviamente, en el Fallo.

En estos autos, la Sentencia implícitamente está declarando la inconstitucionalidad del precepto cuestionado en la interpretación que se atiene a la pura literalidad de su texto sin más, es decir, sin incorporar un nuevo elemento al tipo, y al propio tiempo declarando su constitucionalidad sobre la base de que concurra aquella situación de discriminación, desigualdad o relación de poder que, si atendemos «al espíritu y finalidad» de la norma –artículo 3.º1 del Título Preliminar del Código Civil–, resulta ser elemento del tipo.

Así las cosas, llego a la conclusión de que este entendimiento del precepto cuestionado debió recogerse en el Fallo por las razones de índole general ya señaladas para todas las sentencias interpretativas, a las que en este caso han de añadirse las específicas propias de la materia penal «en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del artículo 25.1 CE» –STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5–, lo que además resultaba intensamente indicado aquí, dado que el elemento incorporado al tipo deriva de un contexto y una finalidad que no resultan del Código Penal sino de la Ley Orgánica 1/2004, que es la que introdujo el precepto debatido.

He de recordar en esta línea el Fallo de la STC 24/2004, de 24 de febrero.

Y éste es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

C) Formulado por el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas.

1.– Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por la Magistrada Juez de lo Penal núm. 4 de Murcia, sobre el artículo 153.1. del Código Penal, reformado por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el FJ 4.

La circunstancia metajurídica, pero atendible en caso de alguna duda, de que la pura y simple expulsión del ordenamiento jurídico del referido artículo del Código Penal propiciaría la revisión de miles de Sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal y las Audiencias Provinciales que lo han aplicado –lo que, además prueba la posibilidad de otras interpretaciones– me condujo a aceptar la búsqueda de alguna otra que resultara conforme a la Constitución.

2.– El número 1 del artículo 153 del Código Penal, describe una conducta punible: la del «que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidas como delito en este Código, o golpeara o maltratara de obra a otro sin causarle lesión...»

De esta conducta, y según el propio precepto, pueden ser víctimas dos clases de personas; en primer lugar una mujer y solo una mujer, «cuando la agredida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él (el agresor hombre) por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia...» y en segundo lugar, también puede ser víctima del delito cualquier «... persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...» .

Contemplando el precepto en su literalidad y sobre todo, atendida conjuntamente esta descripción de los posibles sujetos pasivos del delito, pudiera haberse pensado que el legislador presume que la mujer ligada a un hombre por una relación afectiva, presente o pretérita, ya conviva o no con él, está en una situación de especial vulnerabilidad; pero esa idea fue desechada por la Sentencia, de acuerdo con la tesis de la Magistrada Juez proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, por ser contraria a la dignidad de la persona (artículo 10 CE), al venir a

equiparse a la mujer en dichas circunstancia con los niños, los ancianos, los impedidos, etc.

De otro lado, si se analiza el precepto separadamente y poniendo el foco de atención sólo en la parte en que se establece que la víctima ha de ser una mujer relacionada sentimentalmente con el agresor, resulta imposible eludir la inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad y, además, por contener una discriminación por razón de sexo en perjuicio del hombre, lo que es aún mas visible en el caso de agresiones recíprocas, en que los mismos hechos, producidos simultaneamente, pueden ser objeto de sanciones de gravedad diferente.

4.– En la Sentencia de la mayoría se encuentra una solución, haciendo una interpretación finalista, al entender que la agresión del hombre a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor que la misma conducta de la mujer hacia el hombre, por la secular situación de sometimiento de unas a otros en las relaciones de pareja, lo que genera una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor, que legitiman la diferencia de trato penal; todo ello según se anunciaba en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004 y se plasmó en el artículo 1.1. de la misma, al que la Sentencia se remite.

Con esta fórmula yo estaba de acuerdo, pero creo también que supone añadir algo al tipo penal en cuya descripción no está expreso y aunque se considere que esos sucesivos mayor desvalor, gravedad y reproche social hacia el hombre agresor de la mujer, pueda considerarse implícito o ínsito en el tipo penal, la realidad es que es nuestra interpretación la que lo aflora y ello obligaba, en mi opinión y reiterando mi respeto a la contraria, a hacer una Sentencia interpretativa que así lo expresara en el fallo, bien directamente o bien, al menos, por remisión a algún párrafo conclusivo de un Fundamento Jurídico.

Ciertamente, la introducción de un elemento en un tipo penal, aunque se repute implícito o ínsito plantea también la cuestión de si ello podría abrir paso a otro problema: el de la afectación al principio de legalidad y taxatividad penal que impone el artículo 25 CE, pero esa cuestión, aunque se planteó, no llegó a ser examinada en la deliberación, y por ello, no puedo tratarla aquí, a pesar de que creo que tendría solución para permitir la interpretación conforme a la Constitución.

4.– Finalmente, con la fórmula que propuse y no se aceptó, no se podría producir una generalización de revisiones de condenas dictadas en el pasado, ni en el futuro se obligaría a la mujer agredida a probar algún elemento complementario de la agresión sufrida.

En cuanto a lo primero, porque muchas de las Sentencias dictadas hasta ahora en aplicación del artículo controvertido del Código Penal lo han sido con fórmulas similares de integración interpretativa.

En cuanto a lo segundo, porque lo que el legislador hizo al redactar la reforma del artículo 153.1 CP fue establecer una agravante específica, cuya concurrencia no tiene que ser objeto de una prueba separada de la realizada en conjunto respecto de los hechos denunciados; precisamente en base a los hechos probados y a cuya prueba han de acudir el Fiscal y, en su caso, el Abogado de la Acusación Particular, es como el Juez o la Sala han de valorar si se ha acreditado la circunstancia agravante para aplicar el precepto que corresponda, lo que, además, permite al juzgador penal, individualizar los casos en que, eventualmente, pueda ponerse de manifiesto que no concurre aquel mayor desvalor.

Por lo expuesto manifiesto mi voto contrario al fallo desestimatorio de la Sentencia, ya que debió serlo estableciendo la interpretación conforme a la Constitución que venía a contenerse en sus Fundamentos.

D) Formulado por el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El artículo 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»; su artículo 6 declara que «La ley es la expresión de la voluntad general (...) Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos»; y su artículo 9 añade, en fin, que «todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable».

Estos principios son reconocibles en la Constitución Española, cuyo artículo 10.1 destaca la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el artículo 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el artículo 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respeta estos principios el primer inciso del artículo 153.1 del Código Penal? La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el artículo 153.1 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer inciso del artículo 153.1 CP para sancionar la violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, responde al indicado propósito de combatir la violencia de género. No es éste el ámbito adecuado para juzgar la decisión del legislador de proyectar los efectos de dicha Ley sólo frente al maltrato ocasional y no sobre el maltrato habitual, las lesiones graves o el homicidio; ni las razones por las que se ha excluido de esa protección reforzada a las mujeres que no son, o no han sido, pareja del maltratador, como ocurre con madres, hijas o hermanas. Como tantas veces hemos dicho, corresponde al legislador, dentro de los límites constitucionales, «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

En lo que ahora interesa, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su artículo 1.1 que constituye su objeto actuar contra la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Sin embargo, en el artículo 153.1 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador –y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada– por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o maltratare de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código Penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad *lex certa* que deriva del artículo 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. Carácter interpretativo de la Sentencia.

La primera característica de la Sentencia aprobada consiste en que utiliza la técnica de las llamadas sentencias interpretativas de rechazo (*rigetto per erronea premessa interpretativa*), lo que implica una auténtica declaración de inconstitucionalidad parcial del tipo penal cuestionado. Como es sabido, las sentencias constitucionales interpretativas declaran la constitucionalidad de la disposición impugnada en la medida en que el precepto se interprete en el sentido que el Tribunal considera adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6).

La aparición de sentencias interpretativas desestimatorias (*Sentenze interpretative di rigetto*) y de sus múltiples variedades de sentencias aditivas («Sentenze di rigetto di tipo additivo o aggiuntivo») o elusivas (*Sentenze di rigetto per erronea premessa interpretativa*) generó, desde mediados del siglo pasado, una de las polémicas más enconadas en la historia de la dogmática italiana, hasta que terminó por prevalecer la fórmula de las sentencias estimatorias que contienen un fallo vinculante, imponiendo una determinada interpretación del precepto, y que no

producen la inseguridad para la certeza del Derecho y de sus fuentes que ocasionan las sentencias interpretativas de rechazo. El recurso a esta técnica en nuestra jurisprudencia también ha sido polémico, máxime cuando se utiliza en materia penal, siendo paradigmáticas, en ese sentido, las críticas que se contienen en los Votos Particulares formulados contra nuestra STC 24/2004, de 24 de febrero, que interpretó restrictivamente el artículo 563 CP sobre el delito de tenencia de armas prohibidas.

La Sentencia aprobada afirma en su FJ 4 *ab initio* que la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el enunciado cuestionado del artículo 153.1 CP «conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal».

Sin embargo, la Sentencia no cumple, en gran medida, la función propia de una sentencia interpretativa, puesto que no delimita con claridad y precisión cuál sea la interpretación incompatible con la Constitución, ni expone las razones por las que se llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo, ni tan siquiera se concreta si son todos o alguno de los preceptos constitucionales invocados los que vedan la interpretación que tan apodícticamente se estigmatiza. Estas carencias, unidas al uso de la dubitativa expresión «conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad» generan una ambigüedad inaceptable, puesto que el objeto de una sentencia interpretativa debe ser, precisamente, despejar las dudas de inconstitucionalidad, vedando en lo sucesivo a los órganos judiciales cualquier aplicación del precepto que resulte incompatible con la Constitución.

4. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.

La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el órgano judicial suscita la duda de inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 153.1 CP en relación con los artículos 10.1, 14 y 24.2 CE. Sin embargo, la Sentencia enjuicia el precepto, casi exclusivamente, desde la perspectiva del principio de igualdad, con lo que creo que incurre en un error de enfoque.

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa no es tanto el menoscabo físico o psíquico causado con el maltrato sino un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta a través del maltrato ocasional. Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato que hombre y mujer pueden infringirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer inciso del artículo 153.1 CP lesiona el artículo 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en maltrato ocasional) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del artículo 153.1 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones (...) lo que hace el legislador (...) es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente» y que «no se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita...» [FJ 11.A)]. Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el artículo 153.1 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cual sea la motivación o la intencionalidad del agresor, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural, en una concreta estructura social (FJ 11), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, como si portara consigo un «pecado original» del que no pudiera desprenderse, aun cuando la agre-

sión que cometió obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido artículo 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

Dada la ambigüedad expositiva de la Sentencia, pudiera llegar a entenderse que ésta propicia en su FJ 11 que la aplicación del primer inciso del artículo 153.1 CP requiere la concurrencia de un dolo que abarque no sólo la acción material del maltrato sino también su significado discriminatorio (pues en los FFJJ 9, 11 y 12 se emplea el término «consciente» para referirse al comportamiento del sujeto activo). Pero una lectura benévola de la Sentencia debe llevar a rechazar esta opción, pues, de ser la correcta, se produciría un descoyuntamiento de la tutela penal contra la violencia de género, ya que, entonces y en tal caso, la violencia leve no habitual de los varones hacia sus parejas o ex parejas carente de connotación discriminatoria sólo podría ser castigada como falta (artículo 617 CP), puesto que sujeto pasivo del delito tipificado en el artículo 153.2 CP no pueden serlo las personas contempladas en el apartado primero y la acción castigada en este apartado segundo es «el delito previsto en el apartado anterior». Pues bien, ello implicaría un evidente retroceso respecto de la protección penal que dispensaba la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre –que elevó al rango de delito estas conductas–, y cuya constitucionalidad fue afirmada en los AATC 233/2004, de 7 de junio y 4570/2004, de 13 de septiembre. Y, lo que es más paradójico, si esa misma conducta (violencia leve no habitual) es realizada por la mujer contra su pareja masculina, sí se le podría imponer la pena prevista en el artículo 153.2 CP, al no exigir su aplicación –según la Sentencia constitucional– que la violencia ejercida obedezca a la misma modalidad sexista que la del apartado primero. Sólo una interpretación finalista, pero que forzara los términos del artículo 157.2 CP, probablemente *ad malam partem*, lograría impedir tan absurdo resultado.

5. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el artículo 153.1 CP.

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como «sujeto vulnerable» que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el segundo inciso del artículo 153.1 CP dispensa a toda «persona especialmente vulnerable». Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como «sexo débil» que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al artículo 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de «desprecio de sexo», justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de «acabar con el mito de la debilidad de la mujer» porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el artículo 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial –diría que de «orden público»– en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socioeconómicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

Como señala el propio Abogado del Estado, que interviene en este proceso en representación del Gobierno, «no siempre la condición femenina arrastra fatalmente ese rasgo de vulnerabilidad que en última instancia justifica la inspiración protectora del precepto. Lo que la ley penal persigue evitar es esa actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión ... en el círculo íntimo de la relación conyugal».

6. Los problemas de constitucionalidad no se resuelven con argumentos de legalidad.

Estimo también que la Sentencia se adentra en el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria cuando realiza afirmaciones innecesarias y discutibles acerca del sujeto activo del delito tipificado en el primer inciso del artículo 153.1 CP.

La generalidad de los órganos judiciales (como se evidencia en el documento auspiciado por el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial que contiene los denominados «Setenta y tres criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género») así como la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2005, de 18 de julio, han venido considerando, desde la entrada en vigor del precepto, que los términos contrapuestos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo: «ofendida», en género femenino, para el sujeto pasivo y «él», en género masculino, para el sujeto activo, determina que en el caso del primer inciso del artículo 153.1 CP, sujeto activo sólo pueda serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél se ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aún sin convivencia. Más aún, los nuevos órganos judiciales creados para el enjuiciamiento de estos delitos son denominados por la Ley como Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Sin embargo, la Sentencia afirma en el FJ 4 que «la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso ("el que") del artículo 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable», insistiéndose en el FJ 9 *ab initio* que tal interpretación «no es la única posible». Creo que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que este Tribunal no debiera pronunciarse salvo para corregir, en su caso, una interpretación extensiva del tipo penal que vulnerase el principio de legalidad (artículo 25.1 CE). Por el contrario, resulta improcedente el esfuerzo de la Sentencia en buscar una supuesta autoría femenina para el primer inciso del artículo 153.1 CP, por cuanto significa avalar o propiciar una aplicación extensiva *in malam partem* de la norma punitiva.

7. Expreso, por último, mi deseo de que esta Sentencia no marque el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas.

GUARDA Y CUSTODIA

No causa ningún perjuicio a la hija ni contribuye a su desestabilización tanto a nivel social como afectivo la ejecución de la sentencia que acordaba el cambio de custodia, aunque ésta se encuentre pendiente de un recurso. Si la menor tiene cinco o seis años es dudoso que pueda ser considerada como persona con el suficiente criterio para ser oída.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 22/2008, DE 31 DE ENERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Montserrat interpuso demanda de adopción de medidas paterno-filiales contra don José Manuel, solicitando entre ellas, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que se le atribuyese la guarda y custodia de la hija común de menor edad, llamada Paola.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera por Auto de 21 de febrero de 2005, por el que se adoptaron medidas provisionales, primero, y, después, por Sentencia de 14 de marzo de 2005 estimatoria de la demanda, acordó que la hija común del matrimonio quedase bajo

la guarda y custodia de la madre, sin perjuicio de la patria potestad compartida de ambos progenitores, reconociendo al padre el derecho de visitar y estar en compañía de su hija menor los fines de semana alternos, desde las 14:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo y las vacaciones por mitad, e imponiéndole en concepto de pensión de alimentos el deber de abonar a favor de la hija común la cantidad de 250 € mensuales, anualmente revisables según el índice de precios al consumo.

⊙ El padre de la menor interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de instancia, que fue estimado por Sentencia de la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005. Con base en la prueba practicada, «especialmente por el informe del equipo de evaluación que aparece en los folios 89 a 98 de las actuaciones, y en interés y beneficio de la menor» (fundamento de Derecho segundo), la Sala revocó la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y declaró que la hija del matrimonio «quedase bajo la guarda y custodia de su padre, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida por ambos padres, contribuyendo la madre con 90 euros mensuales como pensión de alimentos de su hija, pudiendo visitarla los sábados y domingos alternos en la localidad de El Palmar de Troya de 11 a 20 horas, no pudiéndola sacar de la localidad hasta que se acredite que no existen factores de riesgo en la casa de los padres de la parte demandante para la educación de la menor Paola».

⊙ Doña Montserrat interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la Sentencia de apelación, que se tuvieron por preparados por providencia de la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de enero de 2006; y, una vez interpuestos dentro del plazo legalmente establecido, fueron remitidas las actuaciones, previo emplazamiento de las partes, a la Sala Primera del Tribunal Supremo por providencia de 15 de febrero de 2006.

⊙ El padre de la menor solicitó la ejecución provisional de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005, interesando, en consecuencia, se procediese a cumplir el nuevo régimen de guarda y custodia con la correspondiente entrega de su hija, disponiendo lo necesario para el cumplimiento del régimen de visitas de la madre.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, por Auto de 7 de marzo de 2006, acordó la ejecución provisional de la Sentencia de apelación y, en consecuencia, requirió a la madre para que en el plazo de una audiencia proceda a cumplir el nuevo régimen de guarda y custodia de la menor Paola y con ello la entrega de ésta al padre.

⊙ Doña Monstserrat, mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2006, en contestación al requerimiento del Auto de 7 de marzo de 2006, solicitó, con base en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en relación con el artículo 158 CC, la adopción por el Juzgado de las medidas cautelares que se interesaban en el suplico del escrito, a fin de evitar los perjuicios que el nuevo régimen de guarda, custodia y visitas pudiera irrogarle a la menor. El Juzgado, por providencia de 11 de abril de 2006, formó pieza separada de medidas cautelares núm. 1121-2006 y convocó a las partes a una vista a celebrar el 21 de abril de 2006 (artículos 733 y ss. LEC).

⊙ Doña Montserrat, por escrito de fecha 22 de marzo de 2006, formuló oposición a la ejecución provisional de la Sentencia de apelación acordada por Auto de 7 de marzo de 2006, invocando la causa prevista en el artículo 528.2.2 LEC, a cuyo tenor «La oposición a la ejecución provisional únicamente podrá fundarse en las siguientes causas: ... 2.ª Si la sentencia fuese de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese

revocada». El Juzgado por Auto de 24 de julio de 2006 desestimó la oposición formulada y declaró procedente que la ejecución provisional siguiese adelante. Contra este auto, doña Montserrat formuló incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado por el Juzgado.

⊙ Doña Montserrat interpuso recurso de amparo contra el auto que desestimó la oposición a la ejecución, siendo desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La base jurídica del auto dictado por el Juzgado es la siguiente: «La parte ejecutada funda su oposición en la causa del artículo 528.2 LECiv, consistente en "resultar imposible o de extrema dificultad atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado, mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren, si aquella sentencia fuese revocada". No obstante los razonamientos de su escrito no van más allá de la simple invocación de la dificultad de restaurar la situación anterior (sin explicar el porqué) y el temor a que el cambio de custodia de la menor Paola, pasando a ostentarla el padre, y el consiguiente régimen de visitas acordado a favor de la madre, pueda causar perjuicios irreparables tanto a la menor como a la madre (ejecutada en este procedimiento); alegación que no basa en dato concreto alguno, sin que de los datos obrantes en la causa pueda inferirse mínimamente dicha posibilidad. A la vista del escrito de oposición presentado se colige claramente que lo que dicha parte alega como causa de oposición no es más que su disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, pretendiendo por esta vía que se proceda a la revisión de la decisión adoptada en la alzada entrando a valorar pruebas cuya valoración ya efectuó en su día la Audiencia, y en base a las cuales resolvió, sin duda alguna, en beneficio e interés de la menor. Razón por la cual lo pretendido por la parte ejecutada a través de este incidente resulta jurídicamente inviable.

I. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

1) Argumento de la recurrente de amparo.

Sostiene doña Montserrat que el órgano judicial, de estimar necesaria la celebración de vista, pues entendió que no era posible resolver la controversia sobre la oposición con los documentos aportados, y de citar a una testigo a petición de la recurrente en amparo, pasó a considerar en dicho acto que no era necesaria la práctica de prueba alguna, «ya que se trata de una cuestión exclusivamente jurídica». Sin embargo en las actuaciones queda constancia de que la controversia entre las partes excede de lo exclusivamente jurídico y se extiende al terreno de los hechos. En efecto, el ejecutante formuló alegaciones a favor de su pretensión referidas a las relaciones de la menor con su padre y con la familia de éste, al cuidado de la menor por sus abuelos paternos, a la convivencia de ambas familias en el mismo domicilio, a la escolarización de la menor, al contenido de los informes escolares y psicológico, que contrastaban con las alegaciones y los documentos presentados por esta parte, tratándose de circunstancias que merecían esclarecerse mediante prueba para adoptar una resolución.

De otra parte la recurrente en amparo hizo constar como hecho nuevo el sobreseimiento provisional del rollo núm. 4991-2003 de la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial dimanante del sumario núm. 2-2003 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Utrera por Auto de 26 de junio de 2006. Hecho nuevo que acredita una situación diferente a la luz del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, de 7 de marzo de 2007.

Pese a todo lo anterior el órgano judicial «no consideró necesaria la práctica de prueba alguna», lo que vulnera los derechos de la menor y de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a la prueba (artículo 24.2 CE), a fin de demostrar el riesgo en que la ejecución provisional situaría a la menor. De haber accedido el órgano judicial a la práctica de prueba habría cabido la posibilidad de haber oído al perito que a instancia de la demandante de amparo había elaborado el informe psicológico que se adjuntó al escrito de oposición a la ejecución, en el que se señala, entre otras conclusiones, que en caso de cambio brusco del entorno de la menor «lo que se estaría contribuyendo es a la desestabilización de la menor tanto a nivel social como afectivo». Además se podrían haber practicado otras pruebas propuestas por las

partes y que hubieran sido admitidas, así como acreditado documentalmente el sobreseimiento provisional del rollo núm. 4991-2003.

2) Informe del Ministerio Fiscal.

En relación con la denunciada vulneración del derecho a la prueba argumenta que en todos los casos en que la evaluación del mencionado derecho se lleva a cabo no se puede desconocer la naturaleza del proceso en el que se ejerce, así como el contenido de las normas que lo regulan, ni el núcleo del hecho que se pretende probar, ni, naturalmente, se puede prescindir de la lectura y examen de las actuaciones para verificar la alegación relativa a la conculcación del derecho.

Pues bien, en este caso nos hallamos ante un proceso específico de ejecución provisional no dineraria. Se trata de un proceso sumario en el que rigen los principios de concentración y oralidad y en el que, atendido que parten del fallo de una sentencia, el legislador ha entendido debe haber una limitación de los medios de oposición (artículos 527 y 528 LEC). Al ser el contenido del proceso la ejecución de la Sentencia dictada en otro proceso debería entenderse que el nuevo fallo debería partir de la intangibilidad de lo alegado y debatido en el proceso antecedente, salvo que concurra una causa de oposición a la ejecución que diera lugar a que la ejecución provisional no siga adelante (artículo 530.2 LEC), con las consecuencias inherentes a tal declaración.

En el acto del juicio oral la causa de oposición a la ejecución provisional alegada por la demandante de amparo fue la prevista en el artículo 528.2 LEC, a cuyo tenor «Si la sentencia fuere de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada». Esta causa de oposición trasciende a la temática probatoria, que debe versar, no sobre la acreditación de que la custodia es nociva al ostentarla el padre o beneficiosa si la tiene la madre, sino sobre la dificultad o imposibilidad del cumplimiento de la condena (entrega de la menor) o de restaurar la situación anterior o sobre la también imposibilidad de compensación económica si la Sentencia fuese revocada.

Con base en las consideraciones expuestas el Ministerio Fiscal entiende que no ha existido la denunciada vulneración del derecho a la prueba. Aduce al respecto, en primer lugar, que la parte demandante, que hizo constar en el acto del juicio que se oponía a la causa antedicha (artículo 528.2 LEC), no presentó prueba alguna tendente a acreditar la dificultad o imposibilidad a que se refiere el citado precepto. Interrogada por el Juez en el acto de la vista no consiguió argumentar, fuera de la declaración genérica de que el cambio de custodia pudiera desestabilizar a la menor, sobre la razón de la tan citada imposibilidad de restauración de la situación anterior o de la compensación económica si la Sentencia fuera revocada en su día. En este sentido la prueba debería haber orbitado, no sobre la bondad de la convivencia de la menor con su madre, sino sobre los perjuicios que pudieran provenir del traslado pretendido por el ejecutante que pudieran originar un daño irreversible en la menor. El informe psicológico presentado por la recurrente apunta más bien a lo contrario, al confesar la niña el apego a su padre (como a su madre), aceptando incluso a la persona que con aquél convive, sin que se acuse en tal informe disfunción alguna por el trato con sus progenitores, al tener identificada a cada una de esas personas.

En segundo lugar tampoco puede decirse con rotundidad que no se hayan practicado las pruebas solicitadas. Las testificales pedidas, tanto de la tutora como del psicólogo autor del informe, constan en autos como documentales de modo exhaustivo, lo que pudo ser valorado por el Juez. Asimismo obran otras documentales igualmente presentadas por la madre, referidas a la matriculación de la menor en el correspondiente colegio, e informes individualizados de la misma. Por tanto no se puede decir que la falta de prueba haya redundado en indefensión material a la demandante. De las pruebas pedidas sólo faltaría la exploración de la menor, no necesaria según veremos después, y el informe del equipo psicosocial del Juzgado de familia, que, a juicio del Ministerio Fiscal, era redundante, habida cuenta del otro informe antes aludido presentado por la propia demandante.

Por último la circunstancia de que no conste en una resolución separada el rechazo de la prueba solicitada no puede convertirse en un obstáculo para no entender vulnerado el derecho a la prueba en una consideración antiformalista de tal requisito, máxime cuando del contenido total de lo ocurrido en la vista, su transcripción en CD, así como de la decisión final del Auto de entender la controversia como de exclusivo carácter jurídico, se infiere que la prueba en la forma presentada no era ni pertinente, ni relevante ni causal al fin pretendido, lo que se remarca, además, con la consideración que merece al órgano judicial la posición de la demandada, que pretende obtener por vía oblicua lo que no ha conseguido en el proceso antecedente, desvirtuando de esta forma la naturaleza del proceso de ejecución provisional. El rechazo implícito lo es, pues, por la no relación de la prueba con el derecho alegado (artículo 528.2 LEC).

3) Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional

El examen de la queja de la recurrente en amparo debe partir de la previa consideración de que, pese a la estrecha relación existente entre el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE), la decisión de inadmitir o no practicar la prueba produce consecuencias directas en el ámbito de este último derecho, en el que, por lo tanto, ha de encuadrarse el primero de los motivos en los que la actora funda su pretensión. En relación con el mencionado derecho fundamental este Tribunal ha elaborado una consolidada doctrina constitucional, que puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional y de cada proceso, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales.

b) Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y la pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117 CE.

c) Es también doctrina reiterada de este Tribunal la de que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiera practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por una parte, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones; sólo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado– podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (por todas, SSTC 247/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; 23/2007, de 12 de febrero, FJ 6; 94/2007, de 7 de mayo, FJ 3; 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2).

Como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto con acierto en su escrito de alegaciones, la denunciada vulneración del derecho a la prueba ha de examinarse teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto del concreto proceso en el que se ejercita este derecho fundamental. En este caso se trata de un proceso específico de ejecución provisional de una Sentencia de segunda instancia de condena no dineraria (artículos 535 y ss., en relación con los artículos 526 y ss. de la Ley de enjuiciamiento

civil: LEC), en concreto, la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005 que, revocando en apelación la dictada en primera instancia, atribuye la guarda y custodia de la menor a su padre, en vez de a su madre. Proceso de ejecución provisional que se caracteriza por su sumariedad, en el que rigen los principios de concentración y oralidad y en el que el legislador, dado que se parte del fallo de una Sentencia cuya ejecución provisional se pretende, ha limitado taxativamente los medios o causas de oposición. En dicho proceso han de acreditarse, por tanto, la causa o causas de oposición a la ejecución provisional alegadas para evitar que ésta siga adelante, y no, por ser una cuestión ajena al proceso de ejecución, la cuestión debatida y decidida en el proceso en el que ha recaído la Sentencia cuya ejecución provisional se persigue.

En este caso el padre de la menor, habiéndole sido reconocido el derecho a su custodia y guarda, solicitó la ejecución provisional de la Sentencia de la Audiencia Provincial, a la que accedió el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera por Auto de 7 de marzo de 2006. La demandante de amparo, a los efectos que ahora interesan, mediante escrito de fecha 22 de marzo de 2006 formuló oposición a la ejecución provisional, alegando como causa «resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada» (artículo 528.2.2 LEC). Así pues, atendiendo a la causa de oposición alegada por la recurrente en amparo, la actividad probatoria en el proceso de ejecución provisional debía estar orientada a acreditar dicha causa, esto es, la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior de seguir adelante la ejecución provisional en caso que fuese revocada la Sentencia de apelación, es decir, la imposibilidad o extrema dificultad de que la menor volviera con su madre en el supuesto de que fuese revocada la Sentencia cuya ejecución provisional implicaba la entrega de la menor a su padre. Sobre tal extremo, y únicamente sobre él, debía versar la actividad probatoria en el seno del proceso de ejecución provisional, no sobre la conveniencia de conferir la custodia y guarda de la menor a la madre o al padre o sobre los beneficios o perjuicios para la menor de la atribución a uno u a otro de la guarda y custodia, cuestiones estas ya resueltas en la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, pendiente de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, pero ajenas al objeto litigioso del proceso de ejecución provisional.

La demandante de amparo en el escrito de oposición a la ejecución provisional, cuyo contenido se describe sintéticamente en los antecedentes de esta Sentencia, aportó entre otros documentos, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, un informe del equipo de evaluación e investigaciones de casos de abuso sexual en el entorno de su familia; certificaciones de los domicilios y personas con las que había convivido la menor, así como del domicilio y las personas con las que actualmente convive —la demandante de amparo y su actual pareja—, su situación económica y laboral, acreditando la propiedad del domicilio en el que habitan; los distintos centros docentes en los que ha estado escolarizada la menor y su actual escolarización, con aportación de un certificado de la profesora tutora de la menor favorable a los cuidados que le depara su madre, así como a los resultados docentes obtenidos por la menor; y, en fin, un informe psicológico sobre la menor elaborado a petición de la demandante de amparo, referido al desarrollo evolutivo de la menor, a sus principales figuras de apego, al grado de vinculación con su madre, a la cobertura de sus necesidades afectivas, a la existencia de indicadores comportamentales en la menor de desprotección o negligencia en el cuidado por su madre y sobre cuándo es desaconsejable un cambio brusco en el entorno de la menor y si estos factores de riesgo están presentes en este caso.

El órgano judicial, por providencia de 11 de abril de 2006, unió a los autos el escrito de oposición a la ejecución y los documentos con él aportados, dando traslado de los mismos a la otra parte. Por providencia de 20 de junio de 2006, al estimar que no era posible resolver la controversia sobre la oposición sólo con base en los documentos aportados, acordó la celebración de vista para el día 7 de julio de 2006. La demandante de amparo solicitó que fueran citados en calidad de testigos la profesora tutora de la menor que había expedido el certificado antes ya referido, «a efectos del contenido del certificado, y sobre el estado y evolución de la menor desde su incorporación al Centro» y que se recabara dictamen al Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Sevilla «sobre la situación de la menor ... su entorno social así como sobre su estado psicológico, incluyendo los efectos sobre la menor del cambio en su guardia y custodia, y el régimen de visitas acordado, en este momento, y qué perjuicio pudiera ello repararle a la menor, informe que el citado Equipo deberá emitir previo examen de las personas que componen el entorno familiar de la menor, es decir tanto del padre, como de la madre, así como de la propia menor».

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, por providencia de 30 de junio de 2006, acordó citar como testigo para la vista a

la profesora tutora de la menor, sin pronunciarse sobre el dictamen solicitado por la demandante de amparo, quien se aquietó a la resolución judicial, pese a ser susceptible de recurso de reposición como se indicaba en la misma.

Llegado el acto de la vista, el Juez solicitó a la representación letrada de la recurrente en amparo en varias ocasiones que expusiese los concretos motivos en los que sustentaba la causa de oposición a la ejecución provisional invocada, es decir, los motivos en los que fundaba la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional si fuese revocada la Sentencia. Según resulta de la trascripción de la grabación del acto de la vista que se aporta con la documentación que se adjunta a la demanda de amparo, el Juez, «a la vista de las alegaciones efectuadas, del contenido del escrito de oposición a la ejecución, de la impugnación de la parte contraria y de las explicaciones aportadas en el acto de la vista por la parte que se opone, así mismo como la alegación efectuada por el Ministerio Fiscal, se va a dejar en este momento visto para resolver ya que no se considera necesaria la práctica de prueba alguna, ya que se trata de una cuestión exclusivamente jurídica y lo que se está tratando aquí, se ha puesto de relieve una disconformidad con el parecer de la Audiencia, con la decisión tomada por la Audiencia Provincial en el cambio de custodia sin que se haya puesto de relieve ninguna situación objetiva de riesgo actual o de perjuicio actual para la menor, sino lo que se está tratando, entiende esta Juzgadora, es de utilizar esta vía para dejar sin efecto la decisión que ha tomado la Audiencia para valorar nuevamente pruebas que ya ha debido de tener en cuenta la Audiencia y que ha decidido en principio conforme al interés de la menor».

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, por Auto de 24 de julio de 2006, desestimó la oposición a la ejecución formulada por la demandante de amparo. Se razona en síntesis en el referido Auto, cuya fundamentación jurídica se ha reproducido en los antecedentes de esta Sentencia, que la recurrente simplemente ha invocado la dificultad de restaurar la situación anterior, sin explicar por qué, y el temor a que el cambio de custodia de la menor y del régimen de visitas puedan causar perjuicios irreparables tanto a la menor como a la madre, sin fundarlo en dato concreto alguno, no pudiendo tampoco inferirse mínimamente esta posibilidad de los datos que obran en la causa. Para el órgano judicial, en definitiva, con el escrito de oposición a la ejecución provisional lo que se alega como causa de oposición no es más que la disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, cuya revisión se pretende en este proceso entrando a valorar pruebas cuya valoración ya efectuó en su día la Audiencia y con base en las cuales resolvió en beneficio e interés del menor.

El precedente relato procesal pone de manifiesto, en primer término, que no puede afirmarse de manera genérica que no se hayan practicado las pruebas solicitadas, pues el órgano judicial, por providencia de 11 de junio de 2006, tuvo por incorporados a los autos los documentos que la demandante de amparo adjuntó a su escrito de oposición a la ejecución provisional, entre ellos, el certificado emitido por la profesora tutora de la menor favorable a los cuidados que le deparaba su madre y a los brillantes resultados escolares obtenidos por la niña, así como el informe psicológico emitido a instancias de la recurrente en amparo. En segundo lugar, una vez acordada la celebración del acto de la vista, la demandante de amparo se aquietó a la providencia de 30 de junio de 2006, en la que sólo se admitió como prueba la testifical de la profesora tutora para que se ratificase en el contenido del certificado emitido, en concreto «sobre el estado y evolución de la menor desde su incorporación a ese centro», no pronunciándose el órgano judicial sobre la procedencia del dictamen que se solicitaba que emitiese el equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Sevilla sobre «la situación de la menor, así como sobre su estado psicológico, incluyendo los efectos sobre la menor del cambio de su guardia y custodia y el régimen de visitas acordado». Así pues en puridad la única prueba admitida y no practicada en el acto de la vista fue la declaración de la profesora tutora de la menor, cuyo certificado había sido incorporado como documental a los autos, sin que la recurrente hubiese impugnado la omisión de un pronunciamiento judicial sobre el dictamen interesado del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Sevilla.

De cualquier forma la decisión de la no admisión o la no práctica de las pruebas solicitadas la ha fundado el órgano judicial en este caso, según resulta de la intervención de la Juzgadora en el acto del juicio y se deduce implícitamente del Auto de 24 de julio de 2006 desestimatorio de la oposición a la ejecución, en su falta de pertinencia o de idoneidad con el objeto del proceso, pues los medios de prueba versaban sobre la situación y evolución de la menor y sobre los beneficios, ventajas e inconvenientes que para ésta suponían el cambio de guarda y custodia y el nuevo régimen de visitas, cuestiones que ya habían sido decididas por la Audiencia Provincial, no sobre la concreta causa legal que la demandante de amparo oponía a la ejecución provisional de la Sentencia de apelación, es decir, la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provi-

sional en caso de que fuese revocada la Sentencia de la Audiencia Provincial que confirió su guarda y custodia al padre.

Desde la perspectiva de control que nos corresponde, al margen del posible error en el que pudiera haber incurrido el órgano judicial al calificar como jurídica y no fáctica la controversia que existía entre las partes y la conveniencia de que hubiera ofrecido un expreso razonamiento sobre la prueba propuesta y la no práctica de la prueba admitida, es suficiente para desestimar en este caso la queja de la recurrente en amparo con apreciar que en el Auto desestimatorio de la oposición a la ejecución el órgano judicial da una respuesta implícita a la no admisión y práctica de las pruebas en el acto de la vista que no puede tildarse de arbitraria, irrazonable o incursa el error patente, pues, como se argumenta en el Auto, la recurrente en dicho acto se limitó a enunciar la causa de oposición alegada, sin ofrecer razonamiento o dato alguno en los que sustentarla, pretendiendo con los medios de prueba propuestos, no la acreditación de lo que constituía el objeto específico del proceso de ejecución provisional, sino la revisión, mediante una nueva valoración probatoria, de la decisión ya adoptada por la Audiencia Provincial sobre la atribución de la guarda y custodia de la menor. En definitiva, como se desprende de manera implícita de los razonamientos del Auto recurrido, la prueba propuesta no guardaba relación con el objeto del proceso de ejecución provisional y la concreta causa legal alegada para oponerse a dicha ejecución provisional. En modo alguno resulta ocioso señalar al respecto, como se recuerda en la STC 291/2006, de 9 de octubre (FJ 4), que el derecho a la prueba comprende el derecho a la admisión y práctica de la prueba que sea pertinente, habiendo sido considerada la pertinencia en la doctrina constitucional como la relación entre los hechos que se pretenden probar y el *thema decidendi,* habiendo definido también el legislador procesal civil en términos similares la prueba pertinente como la que «guarda relación con lo que sea el objeto del proceso» (artículo 283.1 LEC), el cual, por otro lado, ha caracterizado como pruebas inútiles aquellas que, en ningún caso, pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (artículo 283.3 LEC).

A las precedentes consideraciones ha de añadirse, para desestimar en este extremo la queja de indefensión de la recurrente en amparo, que en la demanda nada se argumenta, no ya sobre la relación entre el objeto específico del proceso y las pruebas inadmitidas o no practicadas, en concreto, en qué medida con éstas se acreditaría la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior en caso de que fuese revocada la Sentencia cuya ejecución se pretendía, sino sobre la incidencia que su práctica hubiera podido tener en la adopción de una decisión judicial favorable a la pretensión de la demandante de amparo. De modo que, habiendo incumplido ésta, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, la carga que le incumbe para que pueda prosperar la denunciada vulneración del derecho a la prueba, ha de desestimarse también por este motivo su queja.

II. Vulneración del derecho de la menor a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (artículo 24.1 CE), al no haber sido oída por el órgano judicial.

1) Argumentos de la recurrente en amparo.

En ese caso la menor nunca ha sido oída o explorada, ni durante la tramitación de las medidas provisionales, ni en el procedimiento principal sobre adopción de medidas, ni con ocasión de la tramitación del recurso de apelación, ni a lo largo de los autos de ejecución provisional de la Sentencia de apelación. La exploración de los menores es un derecho de éstos recogido en el artículo 12 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. En este sentido el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Por su parte el artículo 92.2 CC determina que el Juez, cuando debe adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

En este supuesto no ha habido ocasión a ejercitar el citado derecho en la fase probatoria a instancia de las partes, pues el órgano judicial no consideró necesaria la práctica de prueba alguna, ni adoptó ningún pronunciamiento en orden a cumplir con el derecho de la menor a ser oída, pese a que la naturaleza de la medida que provisionalmente se ejecuta conlleva su cambio de custodia. En apoyo de esta pretensión de amparo se invoca en la demanda la doctrina de las SSTC 221/2002, de 23 de noviembre (FJ 5), y 152/2005, de 6 de junio (FJ 3).

2) Informe del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), por la no exploración de la menor en el proceso de ejecución provisional, el Ministerio Fiscal alega que los preceptos legales invocados por la recurrente para fundar la vulneración denunciada son reproducidos parcialmente. En efecto, aunque el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, consagra el derecho del menor a ser oído, su apartado 2 prevé

que tal derecho se ejerza a través de su representante, cuando tenga suficiente juicio, permitiéndose en el párrafo siguiente que se pueda conocer la opinión del menor por medio de personas que por su profesión o relación especial de confianza con él puedan trasmitirla objetivamente. Por su parte el artículo 92.2 CC, junto a la obligación del Juez en orden a garantizar la audiencia de los menores, condiciona dicha audiencia a la «suficiencia de juicio» y a que el Juez «lo estime necesario», lo que apunta a la posibilidad de que no se les escuche en determinados supuestos en función de cada caso en concreto.

Aplicadas dichas normas al presente caso, el Ministerio Fiscal destaca que la menor, nacida el día 3 de marzo de 2000, contaba con 5 o 6 años en el momento del proceso de ejecución, por lo que es dudoso que pudiera ser considerada como persona con el suficiente juicio para discriminar la persona que debería ostentar su custodia. Seguramente ésta es la razón por la que los Jueces no estimaron necesaria su exploración, máxime cuando había sido entrevistada por el psicólogo como consta en la documental presentada por la recurrente en amparo en el juicio de ejecución provisional, posibilidad que, como vimos, suple la exploración judicial. De otro lado entiende que la jurisprudencia constitucional invocada en la demanda de amparo no es aplicable a este caso, pues son Sentencias anteriores a la reforma del CC, se refieren a menores de mayor edad (9 años) y contemplan supuestos distintos al ahora enjuiciado.

3) Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional.

La demandante de amparo estima que ha resultado lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), por no haber sido oída la menor por el órgano judicial. Argumenta al respecto que en este caso la menor nunca ha sido oída o explorada, ni durante la tramitación de las medidas provisionales, ni en el procedimiento principal sobre adopción de medidas paterno-filiales, ni con ocasión de la tramitación del recurso de apelación contra la Sentencia dictada en primera instancia, ni, en fin, en los autos de ejecución provisional de la Sentencia de apelación. Tras recordar que la exploración de los menores es un derecho de éstos recogido en el artículo 12 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, se reproducen en la demanda de amparo el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y el artículo 92.2 del Código Civil (CC), para concluir invocando la doctrina de las SSTC 221/2002, de 23 de noviembre (FJ 5), y 152/2005, de 6 de junio (FJ 3), a favor de la pretensión actora.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación de este motivo de amparo, argumentando al respecto, en síntesis, que la menor contaba en este caso con cinco o seis años en el momento del proceso de ejecución, por lo que es dudoso que pudiera ser considerada como persona con el suficiente criterio para ser oída. A su juicio, ésta es seguramente la razón por la que los Jueces no han considerado necesaria la exploración de la menor, máxime cuando constaba como prueba documental un informe psicológico que podía suplir la exploración judicial. Finalmente considera que la doctrina constitucional invocada no es aplicable al caso, al contemplar supuestos distintos al ahora enjuiciado.

El derecho del niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (artículo 12).

En nuestro Ordenamiento, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (artículo 9.1). Sin embargo no se trata de un derecho absoluto e incondicionado, como recuerda el Ministerio Fiscal y revela el párrafo 2 del citado precepto legal, al prever que «No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente». Por su parte, el artículo 90 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, dispone en su apartado 2 que «El Juez, cuando debe adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos», estableciendo su apartado 6 que «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor».

En tal orden de consideraciones, este Tribunal, en las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre (FJ 5), 71/2004, de 19 de abril (FJ 7), y 152/2005, de 6 de junio (FFJJ 3 y 4), ha estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) de los menores en cada supuesto concernidos por no haber sido oídos u explorados por el órgano judicial en la adopción o modificación de las medidas relativas a su guarda y custodia.

Sin embargo las precedentes consideraciones no pueden conducir en este caso a la estimación de la pretensión actora. Frente a la amplitud que la demandante confiere a su queja, referida a la falta de audiencia o exploración de la menor tanto en el momento de la adopción de las medidas provisionales como en el procedimiento principal sobre adopción judicial de medidas paterno-filiales como en la fase de ejecución provisional de la Sentencia dictada en apelación, nuestro enjuiciamiento ha de circunscribirse exclusivamente a la falta de audiencia y exploración de la menor con ocasión de la tramitación de los autos de ejecución provisional de la Sentencia de la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005, por constituir el objeto de este recurso de amparo precisamente las resoluciones judiciales dictadas en dichos autos.

Pues bien, el proceso de ejecución provisional de la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial no tenía por objeto propiamente dicho la adopción de decisiones sobre la esfera personal, familiar o social de la menor, ámbito respecto al que está legalmente previsto el trámite de audiencia que se aduce por la actora, en particular, en este caso sobre las medidas de su guarda y custodia, que constituyeron el objeto del procedimiento principal de adopción de medidas paterno-filiales y fueron tomadas tras la correspondiente tramitación por la Audiencia Provincial, sino la ejecución provisional de las medidas ya adoptadas en este procedimiento principal. Más concretamente, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, el objeto del proceso de ejecución provisional versó sobre la concurrencia o no de la causa de oposición a la ejecución provisional alegada por la recurrente en amparo, esto es, la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional en caso de que fuese revocada la Sentencia cuya ejecución provisional se había acordado, no sobre las medidas a adoptar respecto a la guarda, custodia y régimen de visitas de la menor. La falta de audiencia o exploración de la menor en el momento de la adopción de las medidas provisionales o en cualesquiera de las fases del procedimiento de adopción de medidas paterno-filiales, determinante, de acuerdo con la doctrina de las ya citadas SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 71/2004, de 19 de abril, y 152/2005, de 6 de junio, de una posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, no puede proyectarse sin más con idéntica trascendencia constitucional, en razón del distinto objeto de unos y otros procesos, a los autos que tienen por objeto, no la adopción de aquellas medidas, sino su ejecución provisional y la determinación de si existe causa legal en que pueda fundarse la oposición a dicha ejecución, máxime cuando, como acontece en este caso, la demanda de amparo se presenta huérfana de toda argumentación sobre la posible incidencia que la audiencia o exploración de la menor pudiera haber tenido en la apreciación por el órgano judicial de la concurrencia de la causa legal invocada por la recurrente en amparo para oponerse a la ejecución provisional.

III. Vulneración del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE).

1) Argumentos de la recurrente en amparo.

Tras reproducirse en la demanda el artículo 158 CC, se aduce que en el informe psicológico, aportado como documento junto al escrito de oposición a la ejecución provisional, se afirma que con el cambio de entorno de la menor «lo que se estaría contribuyendo es a la desestabilización de la menor tanto a nivel social como afectivo». Ante tal conclusión, y a la vista del artículo 158 CC, se afirma en la demanda que el Auto impugnado vulnera el mencionado derecho fundamental.

La normativa civil en el caso de los menores regula una serie de especialidades a fin de evitar precisamente que los niños sufran perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de los procedimientos administrativos y judiciales (exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996). Entre dichas especialidades han de destacarse las siguientes: 1) el artículo 158.2 CC, que establece la posibilidad de que el Juez adopte las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, añadiendo en su apartado 4 que el Juez dictará en general las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios; 2) todos los principios que contempla y garantiza la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en cuyo artículo 2 se establece que habrá de hacerse primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; 3) la obligación constitucional de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, con carácter singular, la de los menores; finalmente, 4) por muy legítimo derecho que se tenga a instar la tutela judicial efectiva y a solicitar la ejecución de una resolución,

este derecho quiebra, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, si queda patente que implicaría atentar contra la integridad física y psíquica de unos menores.

Concluye el escrito de demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado, se declare la nulidad del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera de 24 de julio de 2006, así como la de la providencia de dicho Juzgado de 10 de octubre de 2006, retrotrayéndose las actuaciones judiciales al momento procesal oportuno, a fin de que la demandante de amparo pueda defenderse contradictoriamente frente a las pretensiones deducidas por la parte contraria y el Ministerio Fiscal, admitiendo el recibimiento de los autos a prueba y acordando lo necesario en orden a la audiencia de la menor. Por otrosí digo se interesó la suspensión de la ejecución del Auto de 24 de julio de 2006.

2) Informe del Ministerio Fiscal.

Bajo la invocación del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) la demandante de amparo, a juicio del Ministerio Fiscal, vuelve a insistir en el interés del menor que relaciona con su estancia bajo la custodia de la madre, y el peligro que supondría el cumplimiento provisional de la Sentencia, consistente en el traslado de la custodia al padre. A tal efecto se citan textos del Código civil y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sin que éstos tengan repercusión en el caso concreto y sin que se aporte dato alguno para entender que existe un daño a la integridad física y moral actual o futuro que pudiera provenir del cambio de tutela. Por ello entiende que esta alegación tiene un carácter meramente retórico y está ayuna de argumentación.

3) Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional.

Por último la demandante de amparo denuncia la vulneración del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE). Tras reproducir diversos preceptos del Código Civil y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, sostiene que el Auto impugnado vulnera el mencionado derecho fundamental al desestimar la oposición a la ejecución provisional, pues en el informe psicológico adjuntado como documento al escrito de oposición se afirma que con el cambio de entorno de la menor se «estaría contribuyendo a la desestabilización de la menor tanto a nivel social como afectivo».

Bajo la invocación del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) lo que en realidad de nuevo vuelve a cuestionar la demandante de amparo es la conveniencia o los beneficios del cambio de guarda y custodia de la menor decidido por la Audiencia Provincial, vinculando el interés de la menor con su estancia bajo la custodia y guarda de la madre. Como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, la recurrente no aporta dato alguno del que pueda inferirse riesgo evidente (STC 71/2004, de 9 de abril, FJ 8) o peligro potencial alguno, actual o futuro, a la integridad física y moral de la menor como consecuencia del cambio de guarda y custodia. En este sentido ha de señalarse, frente al pasaje del informe psicológico que invoca la recurrente en amparo, que en él, al margen de la opinión de su autor sobre el beneficio del cambio de guarda y custodia de la menor, no sólo no se alude en ningún momento a algún posible riesgo o peligro para la integridad física o psíquica de la menor como consecuencia de dicho cambio, sino que, por el contrario se afirma expresamente que el padre es una de las principales figuras de apego de la menor, al igual que su madre, así como que «la relación que ha mantenido hasta la fecha con su padre ha servido para el establecimiento de vínculos afectivos estables». Ha de descartarse, pues, que el Auto impugnado, al desestimar la oposición formulada por la recurrente en amparo a la ejecución provisional de la Sentencia de la Audiencia Provincial, haya vulnerado el mencionado derecho fundamental, revistiendo su invocación carente de argumentación un carácter meramente retórico en este caso.

A mayor abundamiento este Tribunal ha manifestado en la STC 71/2004, de 19 de abril, que la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores, cuando la misma no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo, lo que ni siquiera acontece en el caso que ahora nos ocupa, sólo podrá ser efectuada en un proceso de amparo cuando la lesión resulte palmaria, manifiesta o del todo indudable. Por el contrario, cuando no sea así porque quepan dudas fundadas de que tal lesión vaya o no a producirse o porque resulte ponderada teniendo en cuenta otros factores, y sin que el interés de la menor deje de constituir siempre norte del órgano que ha de apreciarla, su declaración por este Tribunal invadiría una función que no le corresponde, sino que está atribuida a los Jueces y Tribunales ordinarios *ex* artículo 117.4 CE, esto es, en función de las atribuciones que expresamente les confiere la Ley en garantía de cualquier derecho (FJ 8).

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se desestima el recurso de amparo interpuesto por la Junta de Andalucía contra la resolución que le condenó a abonar una indemnización de 1.703.600 euros por la ejecución imposible de una sentencia que acordó que los menores declarados en desamparo quedaran bajo la custodia de la madre, al entender el Tribunal Constitucional que la jurisdicción civil era adecuada para su fijación y que los criterios que se siguieron para fijar la cuantía no eran arbitrarios ni irracionales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 11/2008, DE 21 DE ENERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En septiembre de 1996 los menores S.S.F. e I.S.F., nacidos los días 22 de febrero de 1991 y 13 de febrero de 1992, fueron ingresados en el Centro de Acogida de la Diputación Provincial de Sevilla, a instancia del Ministerio público, por hallarse en estado de abandono.

⊙ Tras la remisión de las correspondientes diligencias policiales por parte de la Fiscalía de Menores a la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, en Resolución de 12 de noviembre de 1996 se declaró el desamparo de los menores. Este desamparo fue ratificado por Resolución de 2 de junio de 1997, que acordó acogimiento provisional con familia sustitutoria al descartarse el acogimiento por parientes.

⊙ Por Sentencia de 8 de septiembre de 1998 el Juez de Primera Instancia núm. 7 (familia) de Sevilla (autos acumulados 408-1997 y 878-1997) desestimó la oposición formulada a la declaración de desamparo y acordó constituir el acogimiento familiar preadoptivo.

⊙ Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación, tramitado con el núm. 3004-1999 ante la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el cual se dictó Auto el 5 de junio de 2000, desestimatorio de la pretensión de los acogedores de ser tenidos por parte en el expediente, pronunciándose seguidamente Sentencia de fecha 12 de junio de 2000, por la que se estimó el recurso de apelación, cuyo fallo señala expresamente: «Fallamos: estimamos el recurso de apelación interpuesto por Carmen frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, recaída en autos núm. 408-1997, promovidos por la recurrente citada, la que revocamos y dejamos sin efecto, y, en su lugar, y previa estimación de la oposición a la situación de desamparo declarada por la Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales, declaramos la inexistencia de situación legal de desamparo, dejamos sin efecto el acogimiento preadoptivo realizado y ordenamos que los dos menores hijos de la recurrente sean devueltos y colocados bajo la guarda y custodia de la misma, recuperando así la patria potestad, lo que se llevará a cabo de inmediato. No hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada».

⊙ Iniciados los trámites de ejecución de la Sentencia pronunciada en apelación, el 23 de octubre de 2000 se dictó Auto por el Juez de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de Sevilla, en el cual se acordó una reinserción progresiva de los menores con la madre de cuya evolución debía informarse transcurridos tres meses; todo ello sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la Sentencia, pedida por los acogedores al formular recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el Auto de 5 de junio y la Sentencia de 12 de junio de 2002 por haberse denegado su personación en el procedimiento. La STC 124/2002, de 20 de mayo, estimó el amparo solicitado y declaró la nulidad

de la Sentencia dictada por la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, con retroacción de las actuaciones para que, personados los acogedores de los menores, se pronunciara nueva Sentencia por aquélla.

⊙ Con fecha 26 de diciembre de 2002 la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó nueva Sentencia, revocatoria de la pronunciada por el Juez de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de Sevilla el 8 de septiembre de 1998, en la cual se acordó que los menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre, pero, al mismo tiempo, se declaró la imposibilidad de ejecución de lo acordado y se ordenó que se iniciara el expediente para la determinación de la indemnización sustitutoria (artículo 18.2 LOPJ). Dice el fallo de esta Sentencia: «Fallamos: 1.º Inadmitir a trámite el recurso de reposición interpuesto por la procuradora Sra. Pulido Gómez frente al proveído de esta Sala de fecha 17 de julio del corriente. 2.º Estimar el recurso de apelación deducido por la representación procesal de Carmen frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (Familia) núm. 7 de Sevilla de fecha 8 de septiembre de 1998 recaída en autos núm. 408-1997, la que revocamos y dejamos sin efecto. 3.º Declaramos que no ha existido situación legal de desamparo respecto de sus hijos menores S. e I.S.F., por lo que dejamos sin efecto la declaración hecha al respecto, y denegamos asimismo el acogimiento preadoptivo interesado. 4.º Acordamos que, en consecuencia, los menores referidos vuelvan a convivir con su indicada madre bajo cuya guarda y custodia quedarán. 5.º Declaramos la imposibilidad de ejecución de lo aquí resuelto en el punto cuarto de este fallo. 6.º Acordamos que por parte del Juzgado del que proceden estas actuaciones y al que corresponde su ejecución, se incoe incidente para la determinación de la indemnización sustitutoria que ha de corresponder a la recurrente por la imposibilidad de la ejecución señalada. 7.º No hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada».

⊙ Con fecha 19 de diciembre de 2003 se dedujo demanda de ejecución por doña Carmen reclamando la suma de 2.168.600 euros de indemnización por diversos conceptos. Tras su tramitación bajo el número de autos 67-2004 se dictó Sentencia por el Juez de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de Sevilla, con fecha de 28 de marzo de 2005, que contiene el siguiente fallo: «Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador don Rafael Quiroga Ruiz, en nombre y representación de Carmen, promoviendo juicio incidental al objeto de que, al amparo de lo prevenido en el artículo 18.2 LOPJ, se establezca indemnización sustitutoria conforme a lo ordenado por la Sentencia de 26 de diciembre de 2002 dictada por la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, y en el que han sido parte el Ministerio Fiscal, la Junta de Andalucía, el Estado y los Sres. don Juan y doña Josefa, debo declarar y declaro: –Absolver al Estado de todo pronunciamiento condenatorio en este procedimiento. –Condenar a la Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad y Bienestar Social, Delegación Provincial de Sevilla, a que abone a Carmen la suma de setenta y dos mil seiscientos setenta euros (72.670 euros). –Que el menor I. S. F. quede bajo la guarda y custodia del matrimonio constituido entre Juan S. M. y Josefa R. G., quienes compartirán el resto de las funciones derivadas del ejercicio de la patria potestad sobre el mismo, con doña Carmen. No cabe en la actualidad fijar ningún régimen de relación y contacto entre el menor I. y su madre y hermana. Todo ello sin imponer las costas del procedimiento a ninguna de las partes litigantes».

⊙ Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso el Ministerio público, respecto al tercero de los pronunciamientos del fallo, por cuanto entendía que el menor I. quedaba en una situación de indefinición, doña Carmen, respecto a todos los pronunciamientos, y la Junta de Andalucía, exclusivamente respecto al segundo de los pronunciamientos, relativo a la indemnización impuesta *ex* artículo 18.2 LOPJ, por considerar excesiva la cuantía.

⊙ La Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla optó por dividir la resolución de los recursos frente a la Sentencia, y en el mismo rollo de apelación núm. 5785-2005 procedió a dictar dos reso-

luciones: De una parte, el Auto de 30 de diciembre de 2005, por el que se desestimó la pretensión revocatoria de la Junta de Andalucía y, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Carmen, se fijó como importe de la indemnización que la Junta de Andalucía debía pagar a la referida recurrente la suma de un millón cuatrocientos mil euros. De otra parte, el Auto de 19 de enero de 2006, por el que acordó mantener la situación de acogimiento familiar con carácter indefinido del menor I.S.F., bajo la vigilancia de la entidad pública de protección, así como establecer un régimen de visitas entre I., su madre biológica, doña Carmen, y su hermana S. S. F., de forma progresiva

- Por la representación de doña Carmen se solicitó aclaración y rectificación del Auto de 30 de diciembre de 2005, estimada por Auto de 14 de marzo de 2006 de la misma Sec. 6.ª de la Audiencia de Sevilla, en el cual se fijó el importe de la indemnización en 1.703.600 euros.

- La Administración autonómica interpuso recurso de amparo contra el Auto impugnado de la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 (y el posterior de aclaración de 14 de marzo de 2006).

- El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica del recurso de amparo interpuesto por la Junta de Andalucía.

Alega la administración andaluza la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) porque se la condena, no sólo a que indemnice por sustitución (o por equivalente) el aspecto inejecutable del fallo relativo a la imposibilidad de reintegración de los menores a la convivencia con su madre, sino que, sin ningún tipo de apoyo legal ni motivación en Derecho, se la condena en vía civil a que indemnice los daños y perjuicios causados a la actora desde 1996 hasta finales de 2005, y por tanto los anteriores a la fecha en la cual se dictó la Sentencia declarada inejecutable (2002), lo que supone una extralimitación sin justificación alguna en la competencia jurisdiccional del Tribunal, al venir atribuida la competencia jurisdiccional para dilucidar la responsabilidad patrimonial de la Administración de manera exclusiva y excluyente a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo [artículos 9.4 LOPJ; 2.e) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa; y 139 y siguientes de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común], por lo cual no puede considerarse la dictada una resolución *secundum legem*. Además aduce que el Auto impugnado incurre en irrazonabilidad en la fijación del *quantum* indemnizatorio, considerando y valorando aspectos que afectan a la actora pero que no guardan relación con el contenido del fallo ejecutado.

Por otro lado denuncia la Administración recurrente la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un Juez imparcial (artículo 24.2 CE), pues se la hace responsable de los daños y perjuicios sufridos por la actora como consecuencia de la dilación de la resolución del litigio provocada por factores ajenos a la actuación de la Administración, relacionados con el ambiente de enfrentamiento existente entre los órganos judiciales de ambas instancias, por lo que no puede afirmarse que se cumplan en este caso la exigencia de imparcialidad del órgano judicial que ha dictado la resolución recurrida en amparo.

2. Alegaciones del Abogado del Estado.

El Abogado del Estado solicitando la estimación de la demanda de amparo. Tras expresar el interés que justifica su intervención en el procedimiento de amparo, considera el representante de la Administración General del Estado que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) de la Administración recurrente por la inmotivada, arbitraria e irrazonable inaplicación de los artículos 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA que efectúa, dado que la fijación de la suma indemnizatoria a cuyo pago obliga a la recurrente no encuentra en dicha resolución fundamento o cobertura en el fallo a cuya ejecución

por equivalente (artículo 18.2 LOPJ) procede, sino que se sustenta sobre un criterio de responsabilidad patrimonial por defectuoso funcionamiento de la Administración.

3. Alegaciones de la madre biológica de los menores.

En primer lugar mantiene la compareciente que debe inadmitirse la demanda de amparo por prematura, dado que no cumple el requisito de procedibilidad del agotamiento de la vía judicial previa exigido por el artículo 44.1.a) LOTC para su admisión a trámite, puesto que, por una parte, la demanda se dirigió contra el Auto dictado el 30 de diciembre de 2005 por la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla estando pendiente de resolución un recurso de aclaración y rectificación, en el cual se dictó por la misma Sala el posterior Auto de 14 de marzo de 2006, por el que se acordó aclarar y rectificar el Auto recurrido; por otra parte, la Administración recurrente no promovió contra la resolución impugnada el incidente de nulidad de actuaciones (artículo 241 LOPJ) cuya utilización había sido preceptiva en el caso para tener por consumada la vía judicial previa al amparo constitucional.

En segundo lugar, añade la compareciente, en el caso que no se estimara la concurrencia de los vicios de procedibilidad aducidos debería desestimarse la demanda de amparo en su fondo por inexistencia de las vulneraciones constitucionales denunciadas, ya que la resolución impugnada y la posterior que la aclara y rectifica satisfacen plenamente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto son respuestas motivadas y fundadas en Derecho en las cuales no cabe apreciar arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o error patente, de manera que la crítica que se efectúa desde la Administración no es sino una discrepancia acerca del modo en que se han interpretado los preceptos aplicados en relación con la determinación del *quantum* indemnizatorio, cuyo importe aparece justificado y razonado ampliamente en consideración de los graves daños infligidos a la compareciente, valorados conforme a criterios empleados por los Tribunales para la determinación de la indemnización en casos de muerte o de indebida privación de libertad.

4. Informe del Ministerio Fiscal.

A través de escrito presentado el 5 de septiembre de 2007 evacuó el trámite de alegaciones conferido el Fiscal ante el Tribunal Constitucional, interesando la desestimación de la demanda de amparo.

La denuncia de vulneración del derecho al Juez imparcial (artículo 24.2 CE) considera Ministerio público que debe ser inadmitida por extemporánea, dado que adolece de falta de agotamiento de la vía judicial previa y de falta de invocación en aquélla del derecho fundamental vulnerado [artículo 44.1.a) y c) LOTC, respectivamente]. A esta alegación añade la de la inconsistencia del denunciado enfrentamiento entre los distintos órganos judiciales (el de primera instancia y el de apelación) para sustentar la existencia de la lesión aducida.

La denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en lo relativo a la aducida falta de jurisdicción para efectuar el juicio de responsabilidad de la Administración, advierte el Fiscal que no fue objeto de alegación por la recurrente en el trámite procesal en el cual se dictó la resolución impugnada, por lo que sería extemporáneo su planteamiento en amparo, puesto que no se habría producido el agotamiento de la vía judicial que exige el artículo 44.1.a) LOTC.

Por último rechaza el Ministerio público que pueda calificarse de irracional o irrazonable la motivación que sustenta la resolución impugnada en lo relativo a los criterios de determinación de la indemnización, puesto que el artículo 18.2 LOPJ se refiere de modo específico al concepto de indemnización como contenido necesario de la Sentencia o Auto sustitutorio, lo que permite el «llenado» de tal concepto por el Tribunal encargado de la ejecución. En su opinión la suscitada no es sino una cuestión de interpretación e integración de normas, y no resulta arbitrario que el juzgador entienda que el sufrimiento moral, la pérdida de los hijos o los padecimientos físicos y psíquicos integren la indemnización que se concede dentro del margen de discrecionalidad que la norma confiere al juzgador.

5. Razonamientos del Tribunal Constitucional para desestimar el recurso de amparo.

1. Precisado de este modo el alcance de la queja de la Administración autonómica recurrente resulta insoslayable traer a colación la consolidada doctrina establecida por este Tribunal en relación con el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), puesto que hemos de orientar nuestro enjuiciamiento conforme a ella.

Hemos declarado reiteradamente que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones, sin alcance práctico ni efectividad alguna, y por tanto no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial. Ahora bien, el alcance del control a efec-

tuar por parte de este Tribunal del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE) no es ilimitado, pues también hemos advertido que a los órganos judiciales corresponde, en el ejercicio de la función jurisdiccional que constitucionalmente les resulta conferida, la interpretación de los términos del fallo y la del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada, así como la decisión de si aquél ha sido ejecutado o no correctamente y la adopción de las medidas oportunas para asegurar (cuando así resulte procedente) su ejecución, apreciaciones todas ellas que únicamente resultan revisables en sede constitucional cuando han incurrido en incongruencia, arbitrariedad, carecen de razonabilidad o evidencian la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de hacer ejecutar lo juzgado. Así pues el control que este Tribunal puede realizar sobre el modo en que los Jueces y Tribunales ejercen esta potestad se limita a comprobar si las correspondientes decisiones adoptadas por ellos al efecto se toman o no de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta, y sólo cuando sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente resultarán lesivas del derecho declarado en el artículo 24.1 CE.

Por tanto en el recurso de amparo no puede debatirse de nuevo el contenido de la Sentencia que se ejecuta, ni la interpretación y consecuencia de su fallo (tarea esta de exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales). Nuestro control es sólo de tipo negativo, y se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que los titulares de la potestad de ejecución realicen del fallo en el marco de la legalidad ordinaria. Lo que nos corresponde es garantizar que, en aras precisamente de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, los Jueces y Tribunales no lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad o error (SSTC 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6; 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; STC 96/2005, de 18 de abril, FJ 5, entre otras). El marco en el que debe operar el canon constitucional de control del ajuste de la actividad jurisdiccional de ejecución al fallo se integra pues, por el propio fallo (interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito) y por lo posteriormente resuelto para ejecutarlo. Y lo que hemos de verificar es si hubo o no un apartamiento irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta (SSTC 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; y 146/2002, de 15 de julio, FJ 3; entre otras).

Ahora bien, el ejercicio de nuestro control sobre si las resoluciones de ejecución se han apartado o no del fallo de cuya ejecución se trata no debe limitarse de forma literal o restrictiva al texto del mismo. En este sentido hemos señalado que, para determinar si los Autos de ejecución se han apartado del significado y alcance de los pronunciamientos de la Sentencia de la que traen causa, «es necesario partir del examen de tales pronunciamientos que, plasmados en el fallo o parte dispositiva, son consecuencia de la fundamentación jurídica de dicha resolución judicial, en una línea secuencial que une las alegaciones y pretensiones de la parte actora, con la fundamentación jurídica y argumentación que funda la Sentencia, para desembocar en el fallo y concretos pronunciamientos en ésta contenidos. La función jurisdiccional de decir el Derecho, presupuesto necesario de la ejecución, no permite una consideración aislada de cada uno de dichos momentos y actos procesales, sino que requiere su valoración unitaria o global, pues ésta es la que permite extraer, con mayor grado de certeza, el genuino alcance y significación de las determinaciones del órgano jurisdiccional y de los efectos jurídicos, de naturaleza formal o material, que deben producir aquéllas» (STC 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 3, posteriormente reproducida por las SSTC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4, y 121/2007, de 21 de mayo, FJ 1, entre otras).

2. La aplicación de la doctrina reseñada al caso examinado hace necesario perfilar el sentido del fallo de la Sentencia dictada, el 26 de diciembre de 2002, por la Audiencia Provincial, a efectos de poder comprobar posteriormente la adecuación a él de lo acordado para su ejecución, que constituye el objeto de la queja formulada.

En primer lugar cabe reparar en la singularidad que, por muy diversos conceptos, presenta el procedimiento del cual trae causa el presente de amparo, sobre el que este Tribunal, y más precisamente esta misma Sala Segunda, ha tenido ocasión de pronunciarse en su STC 124/2002, de 20 de mayo, en relación con anteriores quejas, que ahora se formulan respecto de la ejecución en sus propios términos de un concreto pronunciamiento del fallo examinado (ciertamente singular), por el que se declaró la imposibilidad de ejecución de la entrega de unos menores a la guarda y custodia de su madre biológica, actora en el procedimiento sobre oposición a las declaraciones de desamparo y acogimiento de aquéllos, y se ordenó la determinación de la indemnización sustitutoria acordada en razón de la señalada imposibilidad de la ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Aquella

singularidad se plasma ahora en un pronunciamiento (no puede dejar de advertirse en el examen que realizamos del mismo) ciertamente complejo en su formulación. En efecto, siendo el interés prevalente del menor (necesariamente valorado en el momento en el cual se adopta la correspondiente decisión judicial) el criterio rector que debe orientar la decisión sobre su régimen de guarda y custodia (artículos 2, 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; artículos 172.4, 173.3 y 4, y 173 bis del Código Civil: CC; SSTC 143/1990, de 26 de septiembre, 298/1993, de 18 de octubre, 187/1996, de 25 de noviembre, 114/1997, de 16 de junio, y 141/2000, de 29 de mayo, entre otras muchas), es «imposible desconocer lo que resulta evidente, y es que los derechos en juego en este tipo de procesos de los que sean titulares los menores han de considerarse inescindibles de los de los recurrentes, por la elemental razón de que constituyen su razón de ser sustantiva, hasta el punto de que carecerían de sentido recursos como el aquí planteado si se fundasen en un interés exclusivo de quienes los interponen (padres naturales, adoptivos, acogedores, guardadores de hecho, etc.): en estos casos, su interés no resulta diferenciable del que ellos estiman interés de los menores por cuya guarda y custodia litigan» (STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 2). Por ello resulta singular o complejo un fallo que, resolviendo sobre la situación de convivencia de los menores, acuerda la reintegración de éstos a la guarda y custodia de la actora (la madre biológica) y, sin solución de continuidad, atendiendo precisamente al propio interés de los menores, declara la imposibilidad de la ejecución de lo acordado como consecuencia del tiempo transcurrido desde que fueron separados de su madre.

La declaración de imposibilidad de ejecución de la devolución de los menores a su madre (que no es cuestionada en este proceso) conduce a la Sala sentenciadora a ordenar la determinación de la indemnización sustitutoria que ha de corresponder a la entonces recurrente por aplicación de lo previsto en el artículo 18.2 LOPJ, es decir, la traducción a su expresión pecuniaria del contenido del acuerdo inejecutable, situando la cuestión en un plano sustancialmente patrimonial, que es en el que se inserta la queja formulada en relación con la ejecución del fallo. La peculiaridad del objeto de ejecución en el presente caso y la inexistencia (según se ha señalado) de un derecho subjetivo a la entrega de la guarda y custodia de los menores desligado o independiente de la consideración del interés prevalente del menor, ponderado en el momento en el que se decide sobre su situación de convivencia, hacen que la determinación del contenido indemnizatorio presente, en este caso, una gran complejidad, al no existir una prescripción legal expresa al respecto, correspondiendo al juzgador precisar, mediante el empleo de los pertinentes instrumentos hermenéuticos y de integración de normas, los conceptos y criterios compensatorios que permitan establecer el *quantum* indemnizatorio de la ejecución sustitutoria a la que se orientan efectivamente las resoluciones de ejecución impugnadas, es decir, la determinación del valor que entraña la imposibilidad de devolución (pérdida) de los hijos menores a su madre biológica. El resultado interpretativo al que se llegue en el ejercicio de esa función propiamente jurisdiccional de interpretación y aplicación de la legalidad podrá o no compartirse en todo o en parte, o considerarse acertada o desacertada la ponderación realizada, pero desde el ángulo de enjuiciamiento que nos es propio (el de su constitucionalidad) nuestro control sobre la motivación de las resoluciones impugnadas debe limitarse a comprobar si por su arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o ser resultado de un patente error de hecho, las resoluciones impugnadas vulneran el derecho fundamental invocado por encubrir únicamente una apariencia de tutela judicial.

3. En este contexto ha de inscribirse y recibir respuesta la queja que denuncia la irracionalidad de la motivación de las resoluciones impugnadas por no ajustarse a Derecho al estimar sustancialmente la pretensión indemnizatoria de la actora-apelante considerando conceptos y criterios indemnizatorios que vendrían, en realidad, a precisar en el caso enjuiciado la deuda de responsabilidad de la Administración que en su caso ésta hubiera contraído por su defectuoso funcionamiento, para lo que resulta legalmente incompetente la jurisdicción civil por corresponder su exclusivo conocimiento a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. A este respecto cabe advertir, de un lado, que no puede ponerse en cuestión en el caso que nos ocupa la competencia de la jurisdicción civil para ejecutar sus propios pronunciamientos, dictados en un procedimiento civil (como lo es el presente de desamparo y acogimiento de menores: artículo 172.6 del Código Civil y artículos 753 y 779 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en el que la Administración recurrente era parte demandada, sometida a las resoluciones dictadas por los Jueces y Tribunales del orden civil; y, de otro lado, que la determinación del contenido indemnizable en cada caso, es decir, la valoración y ponderación de cuáles sean los conceptos que haya de comprender la indemnización sustitutoria por inejecutabilidad del fallo pronunciado por el Tribunal civil, en un caso, o el contenido indemnizatorio que lleve aparejada la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por su defectuoso funcionamiento,

si hubieran sido deducidas una y otra pretensión a través de los oportunos cauces procesales (como parece haber ocurrido en el supuesto examinado), de otro, es materia que compete discernir autónomamente en los correspondientes órdenes jurisdiccionales, en los cuales la Administración ejecutada y demandada contemporáneamente en concepto de responsable por un defectuoso funcionamiento de sus servicios puede, cuando así proceda, oponer en el procedimiento oportuno la efectiva compensación del daño que pudiera reclamársele por ambas pretensiones indemnizatorias independientes, disipándose de este modo el riesgo de duplicidad compensatoria.

4. Rechazada, por las razones expuestas, la existencia del denunciado vicio de irracionalidad de las resoluciones impugnadas, debemos afirmar seguidamente la intranscendencia, a los efectos del enjuiciamiento que nos corresponde efectuar, de un hipotético error con relevancia constitucional, ya que no fue aducido por la Administración recurrente en su escrito de demanda, instrumento que conforme a nuestra conocida doctrina (por todas, SSTC 250/2000, de 30 de octubre, FJ 1, y 57/2003, de 24 de marzo, FJ 3) delimita el contenido del recurso de amparo, contenido que no puede ser ampliado en escritos o en momentos procesales ulteriores.

Por ello la cuestión a afrontar ahora es la que plantea la denuncia del carácter manifiestamente irrazonable de la motivación de las resoluciones impugnadas y del resultado al que conducen.

Al respecto cabe recordar que este Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que no pueden considerarse razonadas ni motivadas las resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5, y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3, entre otras).

En las resoluciones ahora impugnadas no se observa (conforme advierte el Fiscal) aquella quiebra lógica e incoherencia que determina, a efectos exclusivos del control de constitucionalidad, la irrazonabilidad manifiesta de la motivación, dado que la Sala sentenciadora adopta unos criterios indemnizatorios que, independientemente de su grado de acierto, toman el daño (físico y moral) causado a la actora por la separación de sus hijos como premisa de la determinación de la indemnización sustitutoria de la ejecución que le reconoce el fallo ejecutado; daño que viene a consolidar y a actualizar el pronunciamiento firme que declara la imposibilidad de reintegración de los menores a la convivencia con su madre, haciendo definitiva la situación de separación de los menores. Ello se desprende claramente del fundamento jurídico quinto del Auto impugnado, de 30 de diciembre de 2005, en el que la Sala indica expresamente los dos criterios que ha seguido para fijar el *quantum* indemnizatorio: «el de la enfermedad padecida por la solicitante a causa del sufrimiento, y el de la pérdida de los hijos, y este segundo criterio a su vez ha de tener en cuenta, por una parte, el tiempo que ha estado apartada de los mismos, que se puede hacer equivalente a una privación de libertad indebida a los solos efectos indemnizatorios, claro está; por otra, el específico sufrimiento como consecuencia de la razonable expectativa que tenía de recuperación de los mismos como consecuencia de las sucesivas resoluciones a su favor; y finalmente la definitiva pérdida de toda esperanza y expectativa cuando recae nuestra resolución del año 2002 en la que se acuerda la inejecutividad». Por la razón apuntada no puede considerarse irracional o manifiestamente irrazonable, en el grado en que ha de desarrollarse el escrutinio constitucional que nos es propio, el proceder del órgano judicial que pondera los daños ocasionados por una separación que se transforma, finalmente, en pérdida de la expectativa de reintegración de los menores a la situación de convivencia con la actora, su madre biológica.

Por lo demás cabe observar que, contrariamente a lo denunciado por la Administración recurrente como fundamento de su pretensión, no puede afirmarse que en el Auto impugnado, de 30 de diciembre de 2005, la Audiencia desconozca en absoluto o considere irrelevante el hecho de la ejecución parcial sobrevenida del pronunciamiento declarado inejecutable, al haberse reintegrado voluntariamente la hija menor a la convivencia con su madre biológica, pues tal circunstancia es considerada expresamente por el Tribunal para reducir a la mitad el *quantum* indemnizatorio inicialmente estimado en concepto de pérdida definitiva de la expectativa de recuperación de los menores por la declaración de inejecutabilidad del fallo.

En suma, hemos de concluir que la queja ahora examinada no alcanza los umbrales de la motivación manifiestamente irrazonable que exige la doctrina constitucional para estimar vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE, por lo que el rechazo de este último motivo de impugnación ha de conducir, finalmente, a la desestimación de la demanda de amparo formulada por la Junta de Andalucía.

FILIACIÓN

Se estima el recurso de revisión y se rescinde la sentencia dictada por el Juzgado que desestimó la impugnación de paternidad al haberse practicado con posterioridad la prueba biológica que descarta que el actor sea el padre del menor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Víctor Manuel y doña Laura interpusieron demanda de revisión, con fecha 27 de julio de 2005, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Fuenlabrada, en autos de impugnación de paternidad núm. 89/2001, seguidos a instancia de don Víctor Manuel, contra doña Laura, en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su hijo menor Roberto, en la que tras la exposición de hechos y fundamentos de derecho, suplicó que se dictara sentencia estimando procedente la revisión solicitada con rescisión de la sentencia impugnada, fallo de la cual manifiesta literalmente lo siguiente: «Desestimo la demanda formulada por don Víctor Manuel, contra doña Laura y el menor Roberto; declaro no haber lugar a la misma y en su virtud absuelvo a los demandados de los pedimentos contra ellos deducidos, con expresa imposición de las costas correspondientes a la parte actora. Estimo en parte la demanda reconvencional formulada por doña Laura, contra don Víctor Manuel, declaro haber lugar parcialmente a la misma y en su virtud determino como medidas definitivas en relación con el menor Roberto las siguientes: 1.º Atribuyo a la madre, doña Laura, el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre el menor citado. 2.º El padre don Víctor Manuel, deberá entregar a la madre doña Laura, en los cinco primeros días de cada mes, y en concepto de alimentos para el menor citado, la cantidad de ciento ochenta euros (180 euros), (29.949 pesetas). Dicha cantidad deberá actualizarse anualmente conforme a las variaciones que experimento el IPC que publica el INE. Ello sin hacer expresa imposición de las costas correspondientes a la reconvención, teniendo cada parte que abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad». Siendo firme la referida sentencia.

⊙ Con informe favorable del Ministerio Fiscal, por Auto de 2 de noviembre de 2005, se admitió a trámite la demanda y se ordenó traer a la vista los antecedentes del pleito cuya sentencia se impugna y emplazar a los que en él hubieran litigado.

⊙ Por Providencia de 23 de enero de 2007, previa audiencia de los demandantes y del Ministerio Fiscal, se nombró defensor judicial del menor Roberto a su tía materna doña Pilar. Por Providencia de 19 de abril de 2007 se tuvo por personado al Procurador don José Ramón Rego Rodríguez, en nombre y representación de doña Pilar.

⊙ Citadas las partes personadas a juicio verbal el día 4 de octubre de 2007, se celebró el mismo con la comparecencia de los Procuradores y Letrados de los demandantes y de la demandada defensora

judicial del menor y con reproducción de la documental aportada con la demanda, consistente en Test de paternidad mediante análisis de ADN, suscrito por la Dra. Sara, con fecha 3 de junio de 2005 de la clínica Ampligen, en el que figura la siguiente interpretación de los resultados: «puesto que cada persona hereda un alelo paterno y otro materno para cada marcador genético, un hombre puede ser considerado como padre biológico cuando en el supuesto hijo/a se detectan alelos que están presentes en el presunto padre. En 5 de los 10 marcadores genéticos analizados (HUMF-13A01, D18S1090, D18S51, FIBRA y YNZ22 respectivamente) los alelos presentes en la muestra 1 (presunto padre) no se encuentran en la muestra 2 (hijo) de lo cual podemos deducir que no existe relación de paternidad entre ambas muestras».

⊙ Por los Letrados de los demandantes y de la defensora judicial demandada se informó en el sentido de solicitar la estimación de la demanda. Y por el Ministerio Fiscal se informó en el sentido de instar la desestimación de la misma.

⊙ El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión y acordó rescindir la sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demanda de revisión interpuesta se fundamenta en el informe pericial consistente en prueba biológica que se reseña en el hecho cuarto de esta resolución, practicada a instancia de los demandantes el día 3 de junio de 2005, cuyo resultado estima la ausencia de paternidad del demandante don Víctor Manuel respecto al menor Roberto. Formulándose la demanda conjuntamente por el referido don Víctor Manuel, al que se le atribuye la paternidad en la sentencia cuya rescisión se interesa, y por la madre doña Laura, y a tal actuación la defensora judicial del menor en el acto de juicio verbal no ha opuesto oposición alguna, manifestando su conformidad con la pretensión deducida en la demanda.

La demanda está presentada dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 512.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La jurisprudencia señala que para apreciar el supuesto del artículo 510.1 («habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º– Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado») se precisa la concurrencia de dos requisitos: primero, que en todo caso se trate de documentos decisivos para el pleito, esto es, con valor y eficacia de resolverlo; y, segundo, que tales documentos hayan sido detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado el fallo (por todas Sentencia de 16 de marzo de 2007).

El documento aportado, prueba biológica sobre ausencia de paternidad del demandante, si bien posterior a la sentencia impugnada, no podía estar a disposición de las partes en ningún caso, toda vez que en el pleito resuelto por la sentencia cuya rescisión se pretende, se negó la práctica de dicha prueba, que ahora figura en la presente demanda por acuerdo de las partes de aquel pleito.

Teniendo presente la jurisprudencia conocida y consolidada del Tribunal Constitucional del carácter de orden público e indisponible de todo lo referente a paternidad y a filiación, procede dar lugar a la revisión solicitada, en cuanto que el documento referido merece su consideración en el proceso que dio lugar a la sentencia impugnada; y con la advertencia prevista en el párrafo segundo del número primero del artículo 516 de la vigente Ley cuando dispone lo siguiente: «en este juicio, habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión».

CONVENIO REGULADOR

Desestimada la acción interpuesta por el ex esposo a fin de que la ex esposa cumpla la obligación que asumió en el convenio regulador cuando aceptó la donación del esposo y que consistía en transmitir a título gratuito la vivienda familiar a favor de las hijas menores si dejaban de habitarla, ya que realmente en el convenio no hubo una donación sino una permuta con bienes de la esposa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José Enrique, como consecuencia del convenio regulador aprobado de mutuo acuerdo con su esposa con ocasión de la separación, había transmitido a su esposa la titularidad del domicilio conyugal, junto con la cochera del inmueble cuya pertenencia privativa ostentaba, bajo la condición de que la esposa viviese en dicho piso hasta que las hijas menores del matrimonio fuesen mayores de edad, sin enajenarlo ni gravarlo, ya que, en el caso de que la esposa decidiese abandonar el referido domicilio, ésta debería donar a las menores la titularidad del mismo, con el compromiso del marido de correr con todos los gastos.

⊙ Habiéndose constatado por don Enrique que la esposa e hijas no residían en el citado domicilio, interpuso demanda de menor cuantía contra doña Estefanía, solicitando que se dictase sentencia por la cual la demandada quede obligada a la transmisión a título gratuito a sus hijas Esther y Mónica del piso sito en esta localidad, con obligación de mi mandante de abonar cuantos gastos se originen de escritura, registro, impuestos, o de cualquier índole que estén relacionados con dicha transmisión y para el caso de que dicha transmisión se hiciera imposible por haber vendido el referido inmueble la Sra. Estefanía, pese a la prohibición pactada, que indemnice a Esther y Mónica, con el valor real de mercado que actualmente tenga el referido inmueble, debiéndose acordar la administración del referido piso, o en su caso el producto de la venta del mismo a mi representado hasta que las menores sean mayores de edad, o estén emancipadas, ya que de no hacerse así, sería inoperante de hecho esta demanda, con expresa condena al pago de las costas de este procedimiento a la Sra. Estefanía.

⊙ Admitida a trámite la demanda, en fecha 16 de febrero de 1999, la representación procesal de doña Estefanía contestó a la misma suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que «se sirva dictar sentencia por la que, con desestimación íntegra de la demanda, absuelva a mi representada de los pedimentos en ella contenidos, con imposición expresa de las costas a la parte actora».

⊙ En fecha 3 de marzo de 1999, don José Enrique presentó demanda –acumulada posteriormente al presente procedimiento– contra doña Estefanía, don Augusto y doña Soledad en la cual solicitaba «se dicte sentencia por la que se declare nula la transmisión por parte de la Sra. Estefanía del piso sito en esta localidad, a los codemandados, matrimonio Augusto-Soledad, con expresa condena en costas.

⊙ Con fecha 12 de abril de 1999, la representación procesal de don Augusto y doña Soledad contestó a la demanda solicitando que se «dicte en su día sentencia en la que se desestime dicha demanda y, consecuentemente, se mantenga la situación jurídica y registral que acredita a mis representados

como plenos propietarios del piso sito en esta ciudad, mandando estar al actor por este pronunciamiento y condenándolo al pago de las costas causadas a mi parte».

- El Juzgado de Primera Instancia úm.o 7 de los de Córdoba dictó Sentencia el 19 de enero de 2000 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 7 de julio de 2000 desestimando el recurso interpuesto por el actor.
- Don José Enrique interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demandada, Sra. Estefanía, se opuso a la demanda alegando que, tras la firma del convenio regulador de la separación, el demandante no se limitó a poner a nombre de la demandada el piso que constituía el hogar familiar y que era privativo del actor, sino que «compareció ante el Notario y realizó una permuta de bienes privativos, declarando que la diferencia existente entre los bienes recibidos por él mismo y los que había permutado, la había recibido en dinero efectivo, antes del otorgamiento de la permuta, de su esposa, otorgando a su favor la carta total de pago». Reconoció la compraventa efectuada a los otros codemandados con anterioridad a la presentación de la demanda, y que fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Córdoba, por lo que difícilmente podía donar a sus hijas el inmueble que ya no le pertenecía. Que había vendido el inmueble producto de la necesidad, reinvirtiendo íntegramente el producto de la venta en la compra de otra casa. Finalizaba afirmando que la obligación de donación futura que se contiene en la estipulación 5.ª del Convenio Regulador «es nula de pleno derecho».

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que, «no habiendo existido en la realidad donación alguna, mal puede pensarse que de la citada cláusula nazcan derechos patrimoniales a favor de las hijas del matrimonio, con lo cual ningún interés de éstas puede aquí ser aducido en orden a los concretos pedimentos actuados frente a doña Estefanía; habiendo sido el actor (...) quien (...) privó de realidad a la donación que constituía el basamento indispensable de las expectativas, que por vía de limitaciones o gravámenes a la misma, estaban idealmente concebidas, pero sólo accesoriamente, a favor de las dos hijas menores; expectativas, por lo dicho, que no llegaron en la realidad ni tan siquiera a nacer, con lo cual mal pueden ser aquí estimadas», concluyendo que, desestimándose la acción ejercitada contra la Sra. Estefanía, debía desestimarse con mayor motivo la acción ejercitada contra los codemandados compradores del inmueble, al hallarse amparados por lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La Audiencia Provincial, desestimó la apelación, si bien rechazó la tesis de la apelada al entender que la cláusula contenida en el Convenio Regulador no era nula, pero «la expresión de que las fincas permutadas están libres de cargas y gravámenes se refiere, según opinión unánime de la doctrina, no a las cargas reales sino a que no existía ninguna condición o gravamen de carácter oneroso que las vincularan, de ahí que posteriormente transcurridos nada menos que unos cuatro años, la Sra. Estefanía, al estimar que recibía un inmueble sin vinculación o gravamen, vendiera la casa para con su importe adquirir otro inmueble (...). Por otro lado no deja de ser extraño que él recibiera bienes de ella y dinero en efectivo, de los que podía disponer libremente y ella un bien con una carga o gravamen que lo vinculaba para el futuro impidiéndole hacer su vida (...). Por lo expuesto nada tiene de extraño que el juez de instancia no considerara que había habido liberalidad sino un contrato de permuta. Con base en lo anterior la compra hecha por el Sr. Claudio y la Sra Amparo (*sic.*) antes citada fue completamente válida al actuar de buena fe, y poder disponer libremente de ella el titular según el Registro de la Propiedad; el matrimonio comprador adquiere la condición de tercero y su posición es inatacable».

El motivo primero se formuló al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 1282 del Código Civil, debiéndose haber aplicado el principio de cosa juzgada y subsidiario de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española.

El recurrente argumenta que la Sentencia de Apelación debió apreciar, de oficio, la excepción de cosa juzgada, puesto que la Sentencia de Divorcio, dictada tras un procedimiento conten-

cioso, dotó de eficacia al Convenio Regulador aceptado de mutuo acuerdo en la Separación, en el cual se estipulaba la obligación de transmitir la vivienda a las hijas menores, de forma gratuita, por parte de la madre, en el caso de abandonar la misma, por lo que debió entender que sobre dicha materia ya había una decisión judicial.

El argumento del recurrente en este punto es contrario a sus propios actos, puesto que es él mismo el que demanda e insta la efectividad de lo dispuesto en la sentencia de separación, primero, y de divorcio, después, por lo que se contrapone a su propia pretensión el argumento de entender que sobre la materia existe «cosa juzgada», cuando las excepciones procesales sólo pueden oponerse por aquellos a los que la demanda perjudica en sus intereses, esto es, por los demandados y por los reconvenidos, no por los que ejercitan la acción.

Pues bien, el presente proceso se refiere a la vivienda familiar, al haberse producido la transmisión de la misma por la esposa, cuando en el convenio regulador de la separación –ratificado posteriormente en el procedimiento de divorcio– se obligaba a la esposa a mantenerse en el uso de la vivienda puesta a su nombre por el marido, hasta la mayoría de edad de las hijas, ya que, de lo contrario, la mujer debería donar a éstas la titularidad del inmueble. La materia, por tanto, es diferente a la dirimida en el procedimiento de divorcio, donde, de forma accesoria –puesto que dichos acuerdos económicos entre los cónyuges no son objeto de los procedimientos de divorcio– se ratificó el convenio regulador de la separación, por lo que sólo existiría cosa juzgada si se pretendiese instar nuevamente la aprobación por parte de la demandada de la obligación de transmitir de forma gratuita a las hijas menores la titularidad del inmueble, al haberse ya aprobado en los dos procedimientos anteriores, lo cual no es objeto de debate en el presente pleito. Lo que se pretendió en el pleito que ahora nos ocupa es la ejecución de la cláusula aprobada por los cónyuges, cuestión por tanto relativa al cumplimiento del convenio, que permite la oposición de aquellas excepciones materiales y procesales que en derecho se permitan. En el presente caso, la demandada opuso la inexistencia de donación por parte del marido hacia la esposa, al tratarse de una permuta y, por tanto, al no ser posible calificar el negocio jurídico de donación condicional de inmueble –lo cual exigiría, además, la forma de escritura pública–, no puede dotarse de eficacia jurídica alguna a la cláusula limitativa de la propiedad contenida en el convenio. Por tanto, es claro que el Tribunal *a quo* resolvió el litigio, atendiendo los términos en que se planteó el debate, sin que pueda en modo alguno apreciarse la infracción por su denuncia en el presente motivo que, por ello, se rechaza.

El segundo motivo fue interpuesto al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional sobre la tutela judicial efectiva, infringiéndose con ello el artículo 24.1 de la Constitución Española. El recurrente esgrime que la sentencia recurrida da unos razonamientos arbitrarios, que rompen la armonía del ordenamiento jurídico, cuando señala como hechos probados que las muchas denuncias y expedientes de faltas habidos entre las partes sin duda forzaron a la Sra. Estefanía a vender el piso a un tercero, entendiendo que existe nula prueba a un respecto por haberse considerado previamente que eran ajenos a la cuestión debatida, y por ello rechazaron de plano las pruebas en ambas instancias que se solicitaron en este sentido por los contendientes.

Debe comenzarse por significar que la invocación de la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva es excesivamente genérica, lo que, sin más, no puede tener encaje en un motivo casacional, a menos que en él se trate también de infracciones procesales concretas, que han de ser citadas necesariamente, de las que resulte su trascendencia constitucional a partir de ellas, y en su correspondiente aplicación, cosa que no se hace en el presente caso (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 y de 2 de marzo de 2007, entre otras).

En segundo lugar, la parte rebate un argumento de la Sentencia de Apelación que no constituye la razón de la decisión, ya que, con independencia de cuales fuesen los motivos por los que la demandada procedió a la enajenación lucrativa del inmueble –bien por las amenazas supuestamente recibidas por un anónimo; bien por los contenciosos penales entablados con el demandante; bien por razones de espacio; bien por razones de especulación o conveniencia económica– la resolución de la Sala habría sido la misma, toda vez que la Audiencia Provincial entendió que el negocio jurídico entablado entre las partes no era una donación condicional del demandante a la demandada, sino una permuta, por lo que no existía limitación dominical alguna que pudiese hacerse valer ante la Sala. Por tanto, la *ratio decidendi* de la sentencia la constituía la naturaleza jurídica del negocio jurídico entablado, no las motivaciones de la demandada, lo cual lleva a la falta de virtualidad práctica del motivo invocado, puesto que su estimación no llevaría a la casación de la sentencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005, de 18 de julio de 2006, de 10 de octubre de 2006, de 21 de noviembre de 2006 y de 7 de marzo de 2007, entre otras muchas). Así, la sentencia de 18 de junio de 2002 establece que «nos encontramos ante un argumento *obiter dicta* o a mayor abundamiento, excluido del objeto del recurso de casación

(entre otras, Sentencias de 4 de marzo de 1993 y 24 de diciembre de 1994) que sólo lo constituyen los fundamentos predeterminantes del fallo o que conduzcan de modo inmediato a él».

No es de aplicación el artículo 1124 del CC (resolución de las obligaciones en caso de incumplimiento de una parte) a los documentos que suscriben los cónyuges para extinguir la relación de pareja (capitulaciones matrimoniales, convenio regulador y pacto privado de reconocimiento de deuda con ocasión de crisis matrimonial), ya que estos pactos no contienen obligaciones recíprocas toda vez que unas no dependen de las otras.

Pactado en el convenio regulador que la esposa abonará diariamente una determinada cantidad a partir de la fecha prevista para el abandono de la vivienda familiar, e incumplido dicho pacto, no cabe aplicar por el tribunal la facultad moderadora al tratarse de una obligación que no permite cumplimiento parcial. No se estima la excepción de prescripción alegada por la esposa no al tratarse de un pago que debiera efectuarse por días, sino de una cantidad que se debía como indemnización.

Obligación de la ex esposa de abonar a su ex esposo el importe de los recibos de electricidad de la vivienda que ocupaba aquélla siendo indiferente que las facturas se abonasen por una sociedad.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aunque mediante la prueba testifical se haya acreditado que el ex esposo compró el cuadro cuya propiedad se discute, ello no quiere decir que no fuera ganancial, ya que no basta con la prueba indiciaria para destruir la presunción de ganancialidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Los cónyuges doña Rebeca y Romeo, para resolver las cuestiones relacionadas con su crisis matrimonial, otorgaron el 8 de marzo de 1991 diversos documentos: a) Capítulos matrimoniales, en el que disolvía y liquidaba el régimen de gananciales, haciéndose atribuciones de bienes concretos a cada uno de los cónyuges. b) El convenio regulador, donde constaba la siguiente cláusula en lo relativo a la vivienda: «dado que la vivienda conyugal es propiedad de la comunidad hereditaria de los bienes relictos de don Romeo y estando los cónyuges ocupando dicha vivienda en situación de precario, el marido volverá a establecer su domicilio permanente tan pronto como la esposa encuentre una nueva vivienda para establecer su domicilio. Ambas partes fijan de común acuerdo que la esposa abandone la vivienda sita en el piso cuarto del edificio el día 30 de septiembre de 1991. Si no lo hiciera así, deberá abonar al esposo, en concepto de indemnización la cantidad de 15.000 pesetas (90,15 euros) diarias por el tiempo en que prorrogue su estancia en la referida vivienda transcurrido el plazo. Hasta el día 30 de septiembre serán de cargo del esposo los gastos de agua, luz y teléfono de dicha vivienda, como sustitución a la contribución al mantenimiento del hijo que queda al cuidado de la esposa. A partir del día de hoy la esposa podrá ir retirando de la vivienda los cuadros y la parte del ajuar que le fueron adjudicados en la liquidación de la sociedad de gananciales». c) Se otorgó asimismo un documento, que no figura en el procedimiento por haberse aportado a otro anterior entre las mismas partes, pero que no ha sido negado por los contendientes. En él el marido reconocía deber a su esposa la cantidad de 12.500.000 pesetas (75.126,51 euros).

⊙ El pacto contenido en la cláusula transcrita del convenio regulador no se cumplió dado que doña Rebeca abandonó el que había sido el domicilio conyugal el 10 de diciembre de 1993, si bien tampoco se cumplieron otros acuerdos.

⊙ Doña Rebeca interpuso demanda de menor cuantía contra don Romeo solicitando que se dictase sentencia por la que se declare: «Que el demandado don Romeo se obligó en documento privado de fecha 8 de marzo de 1981, a satisfacer a la demandante, doña Rebeca, en el plazo de cuatro años, a contar desde la fecha de dicho contrato, la suma de doce millones quinientas mil (12.500.000) pesetas, cantidad que, a su vez devengaría un 12% de interés anual; Segundo, que el demandado no satisfizo dicha cantidad de dinero en el plazo pactado y, en consecuencia, sea condenado a estar y pasar por estas declaraciones y como consecuencia de éstas, a satisfacer las referidas cantidades, en el acto, y de una sola vez, a favor de la demandante, más los intereses pactados desde el día 8 de marzo de 1991, hasta el total pago de dicha suma, todo ello con imposición de las costas al demandado, tanto por razón de precepto, como por manifiesta temeridad y mala fe y, en este caso haciendo especial y expresa declaración en tal sentido».

⊙ Don Romeo se personó en autos, contestó a la demanda y formuló reconvención solicitando que se dicte en su día sentencia por la que se condene a Rebeca a: A) Indemnizar a Romeo en la cantidad de 12.015.000 pesetas incrementada con los intereses legales desde el 10 de diciembre de 1993, cantidad pactada como indemnización en el convenio regulador. B) Proceder a la devolución de los dos cuadros o bien a que indemnice al reconviniente en la suma de 1.000.000 pesetas valor estimado de los cuadros. C) Proceda a la devolución de los colmillos de elefante desaparecidos o en su caso a que indemnice al reconviniente en la suma de 5.000.000 pesetas D) Proceda a la devolución a su legítimo propietario de los trofeos de caza que aún posea o bien a que indemnice al reconviniente en la cantidad de 2.400.000 pesetas E) Que abone al reconviniente en la suma de 1.048.624 pesetas cantidad abonada por éste como gastos ordinarios de utilización de la vivienda que disfrutaba la reconvenida. F) Que proceda a la devolución a su propietario de los bienes muebles reseñados en el acta de presencia efectuada por el notario, o bien que indemnice al reconviniente en la suma de 9.583.500 ptas, valor de dichos objetos. G) Indemnice al reconviniente en la suma de 480.147 ptas, gastos de adquisición de los pertrechos necesarios para la práctica de la cacería mayor. H) Indemnice de los perjuicios y demás que procedan, que se concretará, determinarán y valorarán en ejecución de la sentencia, y de acuerdo con las bases que para ello se fijen en ésta, así como las costas del presente juicio.

⊙ Contestada la demanda, y habiéndose formulado demanda reconvencional, se acordó conferir traslado a la actora, contestando a la misma mediante su representación procesal, y por medio del oportuno escrito, alegando en el mismo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: «... se tenga por contestada, dentro del término legal, la reconvención formulada de adverso, oponiéndose a la misma, y una vez seguido el juicio por todos su cauces procesales, se dicte en definitiva Sentencia por la que, en mérito a las excepciones procesales y de fondo que se dejan expuestas, tanto en los fundamentos de hecho como de derecho que se dejan expuestas, se desestime la misma, todo ello, con expresa imposición de costas, al demando-reconviniente, tanto por razón de precepto, como por su manifiesta temeridad y mal fe, haciéndose especial y expresa declaración en tal sentido». Contestada la demanda reconvencional se acordó convocar a las partes a la Comparecencia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y celebrada ésta en el día y hora señalados, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Vigo, dictó Sentencia el 21 de enero de 1999 estimando la demanda y la reconvención y acordando: «a) Debo declarar y declaro que el demandado se obligó en documento privado de fecha 8 de marzo de 1981 a satisfacer a la demandante en el plazo de cuatro años a contar desde la fecha de dicho contrato, la suma de 12.500.000 pesetas, cantidad que a su vez devengaría un 12% de interés anual; b) Que el demandado no satisfizo dicha cantidad

de dinero en el plazo pactado y en consecuencia debo condenarle a estar y pasar por estas declaraciones y como consecuencia de éstas, a satisfacer a la demandante en el acto y de una sola vez, la suma de doce millones quinientas mil pesetas (12.500.000 pts.) de principal, más los intereses que se devenguen de esa suma al tipo pactado del 12% anual, desde el día siguiente a esta resolución hasta su completo pago, más cinco millones ochocientas treinta y siete mil cuatrocientas sesenta y seis pesetas (5.837.466 pesetas) en concepto de intereses vencidos hasta la fecha de esta sentencia, siendo aplicable el artículo 921 de la LEC.; c) Debo condenar y condeno a la actora reconvenida a devolver al reconviniente el cuadro titulado «Pescantinas» o bien a indemnizarle en la suma de ochocientas mil pesetas (800.000 pesetas). d) Igualmente a devolverle los colmillos de elefante desaparecidos y resto de los trofeos de caza que aún posea de los que aparecen en la relación del Hecho 3.º de la reconvención, o en su caso a indemnizarle en la cantidad que pericialmente se establezca en el trámite de ejecución de sentencia, sin que pueda exceder de la suma de 7.400.000 pesetas. e) Asimismo, a devolver al demandado reconviniente los bienes muebles reseñados en el acta de presencia efectuada por el Notario en fecha 10 de diciembre de 1993, o bien que indemnizarle en la suma que corresponda por los que no se devuelvan, según la valoración utilizada para fijar su precio en la reconvención, sin que pueda exceder de la suma de 9.583.500 pesetas. f) Absolviendo a dicha demandante del resto de peticiones formuladas en su contra; g) Condenando al citado demandado al pago de las costas causadas por la demanda y sin hacer pronunciamiento sobre la costas causadas por la reconvención»

⊙ En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de Pontevedra dictó Sentencia el 15 de mayo de 2000 revocando en parte la sentencia del juzgado y acordando que doña Rebeca abone a don Romeo la cantidad de 6.655.624 ptas, confirmando el resto de pronunciamientos de la sentencia.

⊙ Las partes interpusieron recuros de casación, estimando el Tribunal Supremo el interpuesto por don Romeo en el sentido de revocar parcialmente la sentencia dictada por la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en cuanto modera la cláusula penal, acordando en su lugar condenar a doña Rebeca a abonar a don Romeo la cantidad de 12.015.000 pesetas (72.211,60 euros) en concepto de cláusula penal, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se denuncia la infracción de los artículos 1091, 1110, 1124, 1255 y 1258 del Código civil, más la jurisprudencia que cita sobre incumplimiento. Entiende que los tres documentos otorgados eran interdependientes; por tanto, al haber incumplido la esposa las obligaciones que se le imponían en los capítulos y en el convenio regulador, debería haberse aplicado el artículo 1124 del Código Civil, porque no puede exigirse el cumplimiento de la otra parte cuando quien reclama no ha cumplido lo que le corresponde. En definitiva pretende la aplicación de la *exceptio non adimplendi contractus.*

La sentencia recurrida concluye que ambos cónyuges incumplieron las diversas obligaciones asumidas en los distintos pactos otorgados. El recurrente pretende que se declare la unidad de las estipulaciones acordadas en los negocios jurídicos otorgados para solventar las consecuencias de la crisis matrimonial. Sin embargo, aunque la finalidad de todos los negocios sea la misma, no lo es el objeto de cada uno de ellos, de modo que no puede aplicarse al incumplimiento de los distintos acuerdos la regla contenida en el artículo 1124 del Código Civil, por las siguientes razones:

1.ª El artículo 1124 del Código Civil prevé la posibilidad de resolver las obligaciones recíprocas cuando se den los requisitos previstos en la propia disposición, es decir que exista una relación obligatoria que haya generado obligaciones recíprocas y que uno de los obligados haya incumplido la que le corresponde.

2.ª La resolución prevista en el artículo 1124 del Código Civil para el incumplimiento de las obligaciones recíprocas, parte de la existencia de un contrato que ha generado una específica relación obligatoria, la sinalagmática, lo que no ocurre en

los pactos matrimoniales, ya que en ellos o bien se liquida la sociedad de gananciales (capítulos matrimoniales), con las atribuciones de los bienes a los cónyuges, o bien se establecen pactos concretos post-separación (convenio regulador). Las estipulaciones contenidas en estos pactos no son recíprocas en el sentido del artículo 1124 del Código Civil, es decir, que cada una de ellas no depende de la otra. Ciertamente los cónyuges pueden haber pactado prestaciones recíprocas; pero éstas no se generan si no es por pacto expreso, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

3.ª Consecuencia del anterior razonamiento es que la inobservancia de los diversos pactos a que llegaron doña Rebeca y don Romeo no puede recibir el tratamiento que el artículo 1124 del Código Civil establece para el incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, que sólo actuará cuando concurran los requisitos exigidos para la aplicación del mencionado artículo 1124, entre los que no se encuentra precisamente el del incumplimiento de los capítulos matrimoniales ni del convenio regulador.

4.ª Cuando se produce la inobservancia de los capítulos matrimoniales o del convenio regulador, los afectados tienen acciones específicas para exigir el cumplimiento, pero no existe ninguna norma que permita su resolución por esta causa.

En el caso presente, se produjo ciertamente el incumplimiento de ambos cónyuges, como han constatado las sentencias recaídas en este procedimiento, pero las obligaciones quebrantadas tienen fuentes distintas: el capítulo matrimonial, el convenio regulador y un pacto privado, al que nos referiremos más adelante. La sentencia recurrida ha actuado correctamente porque ha examinado cada uno de los incumplimientos producidos y ha condenado o no en función de las diversas infracciones, de acuerdo con la prueba realizada. No puede pretenderse, pues, la consideración global de las vulneraciones de los pactos, por lo que no es posible aplicar el artículo 1124 del Código Civil, según pretende el recurrente.

Respecto del contrato celebrado entre doña Rebeca y don Romeo, debe partirse de su existencia, porque ambos contratantes lo han admitido, aunque no consta su contendido exacto, por no haber sido aportado a los autos.

A partir de la Sentencia de 22 abril 1997, esta Sala ha reconocido la validez y eficacia de los contratos otorgados entre cónyuges, al margen o completando lo acordado en los convenios reguladores. Esta sentencia afirma que «es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes». «No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez». (Además, las Sentencias de 21 enero y 21 diciembre 1998, 15 febrero 2002 y 3 febrero 2006). En este caso sí podrían aplicarse las normas del artículo 1124 del Código Civil, siempre que concurrieran los requisitos exigidos en esta disposición y que han sido desarrollados en muchas sentencias de esta Sala que por ser de público conocimiento, no se reproducen. Pero todo ello limitado a los acuerdos contenidos en el documento, sin que sea posible extrapolarlo al conjunto de pactos concluidos para regular la crisis matrimonial.

En este caso se presenta una dificultad adicional, ya que del contenido del citado documento, sólo se ha podido conocer la obligación de don Romeo de entregar a su esposa la cantidad de 12.500.000 pesetas (75.126,51 euros) y ello por confesión del propio obligado. Por ello, la condena a don Romeo al pago de dicha cantidad es correcta y no puede pretenderse que se condicione al cumplimiento o no de los otros acuerdos contenidos en los otros documentos, dada su independencia a estos efectos.

Por todas estas razones, debe desestimarse el primero de los motivos del recurso presentado por don Romeo.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 1154 del Código Civil. Argumenta que la esposa incumplió el pacto relativo a la fecha del desalojo del que había sido el piso conyugal y que por ello se debía haber aplicado la cláusula penal acordada entre los cónyuges, que establecía una penalización de 15.000 pesetas (90,12 euros) por día que se tardara en abandonarlo. Según el recurrente, este incumplimiento de la obligación de abandonar el piso en el tiempo pactado es total, por lo que no permite la moderación de la pena, que está prevista en el artículo citado como infringido «cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Lleva razón el recurrente cuando afirma que no se puede ejercer la facultad de moderación al haberse incumplido una obligación que no permite el incumplimiento parcial. Como afirma nuestra Sentencia de 14 junio 2006, «[...] La moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, "la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis", porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes». (Ver asimismo

las Sentencias de 5 de diciembre de 2003 y 20 y 21 diciembre 2006).

En este caso, ha habido un incumplimiento total de la obligación de abandonar el antiguo domicilio conyugal, por lo que la Sala sentenciadora incurrió en los errores de interpretación denunciados por el recurrente, por lo que no debe mantenerse la moderación ejercida por la sentencia recurrida. En consecuencia, debe estimarse el motivo segundo del recurso de casación.

En el tercer motivo se alega la infracción del artículo 1361, en relación con 1346, ambos del Código Civil. El recurrente entiende que no se han tenido en cuenta por la Sala sentenciadora las pruebas aportadas sobre el carácter privativo de uno de los dos cuadros reclamados y que de haberse examinado adecuadamente, se habría destruido la presunción de ganancialidad. Este motivo no puede admitirse por sus propios fundamentos. En realidad, a los efectos de la destrucción de la presunción de ganancialidad, el recurrente pretende que se examinen las declaraciones del documento que no figura en el procedimiento. Y en relación con la prueba de testigos efectuada a instancias del ahora recurrente en la 2.ª instancia, únicamente permite llegar al resultado de que el marido recurrente compró el cuadro cuya privaticidad se discute, pero ello no quiere decir que no fuera ganancial. La doctrina de esta Sala, que ha mantenido el carácter *iuris tantum* de la presunción, ha exigido para que pueda ser destruida, que la prueba sea «satisfactoria y concluyente» (Sentencias de 9 junio 1994, 20 junio 1995, 29 septiembre 1997). La Sentencia de 24 febrero 2000 dice que no basta con una prueba indiciaria para destruir la presunción, sino que se precisa una prueba expresa y cumplida. No habiéndose producida ésta, debe rechazarse este motivo.

2.º Recurso de doña Rebeca.

Al amparo del artículo 1692.3 LEC la recurrente doña Rebeca entiende que se han vulnerado los artículos 359 y 360 LEC. A su entender, existe un error de cuenta en el cálculo de los intereses que debe pagar el marido por la cantidad de 12.500.000 pesetas no hecha efectiva. El cálculo de los intereses debe ser distinto del que se ha producido. La sentencia recurrida al denegar la pretensión de la actora, se funda en dos razones: la primera que examinando la demanda, «no se llega a la conclusión cierta y segura de que aquella petición fuese realizada por la actora, por lo que esta incertidumbre no puede ser interpretada más que en el sentido más favorable al demandado, so pena de incurrir la sentencia en incongruencia por *ultra petita*. Y la segunda, que ni del sentido literal de la cláusula contractual se puede determinar cuál fue la intención real de las partes en ese punto, [...] ni se puede llegar a esa voluntad contractual por los demás criterios interpretativos del contrato recogidos en los artículos 1282 y siguientes del Código Civil, por lo que ante ese estado de duda, se tiene que acudir como último criterio al *favor debitoris,* que es lo que finalmente viene a recoger la sentencia impugnada». La cuestión está en si se aplica el interés simple o el interés compuesto.

Esta Sala ha venido considerando que la incongruencia de una resolución «ha de apreciarse confrontando o poniendo en relación lo pedido por las partes con lo acordado o resuelto por el juzgador, pues el órgano judicial debe pronunciarse sólo sobre lo pedido y únicamente en los límites de la tutela jurídica postulada», por lo que debe identificarse lo pedido en la demanda, que según constante jurisprudencia se refiere al suplico de la misma demanda (Sentencia de 20 diciembre 2006 y las allí citadas). Pues bien, aplicando esta doctrina, no se aprecia que se haya producido la infracción alegada, porque en el suplico de su demanda, doña Rebeca pidió que se condenara al demandado a satisfacerle la cantidad pactada en el contrato privado a que se ha hecho referencia en los Fundamentos 1 y 3 de esta sentencia, «cantidad que a su vez devengaría un 12% de interés anual». Siendo ello así, no se produjo la incongruencia denunciada, por lo que debe rechazarse el primero de los motivos del recurso de doña Rebeca.

El segundo motivo del recurso de doña Rebeca denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, por no haberse valorado adecuadamente las facturas correspondientes al gasto de energía eléctrica presentadas con la reconvención, ya que no fueron pagadas por el marido, sino por la entidad mercantil Massó Hermanos, SA; por ello, ésta era la única legitimada para reclamar la devolución. Habiendo condenado la Audiencia al pago de estas facturas, infringió la normativa alegada porque el demandado-reconviniente no estaba legitimado para la reclamación. La cuestión de quién efectuó el pago resulta indiferente a los efectos de la condena a doña Rebeca de hacer efectivas unas cantidades a las que se comprometió en el convenio regulador, que se ha transcrito en el primero de los Fundamentos de esta sentencia. Este incumplimiento genera la obligación del pago y a la deudora le resulta indiferente quién pagó las facturas que ella debería haber hecho efectivas y si existen o no acciones entre el acreedor, don Romeo, y el pagador, la entidad mercantil «Massó hermanos, SA». No puede escudar el incumplimiento en el artificioso argumento de la falta de legitimación de don Romeo. Por ello, debe rechazarse el presente motivo.

El tercero de los motivos del recurso de doña Rebeca, formulado al amparo del artículo 1692.4 LEC denuncia la infracción del artículo 1966.3 del

Código Civil. Señala que la acción para reclamar la indemnización por no haber dejado la vivienda está prescrita, porque estaba sujeta al plazo de 5 años, toda vez que se trataría de pagos que deben realizarse en plazos más breves de un año y el artículo 1966.3 del Código Civil establece que prescriben a los cinco años las acciones para exigir el cumplimiento de «cualesquiera otros pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves»; siendo así que el cumplimiento se debía realizar día por día, esta acción se encontraría prescrita en el momento de efectuarse la reclamación.

Este ingenioso argumento es, sin embargo, inaceptable a la vista de lo establecido en el propio artículo que se dice infringido. Para ello debe recordarse cuál era la naturaleza de la obligación que ahora se pretende prescrita: se trataba de una pena convencional que imponía la obligación de abonar 15.000 pesetas por día de demora en el desalojo de la que había sido la vivienda familiar. No se trataba, pues, de un «pago» que debiera efectuarse por días, sino de una cantidad que se debía como indemnización por día de incumplimiento y cuyo montante sólo se va a poder determinarse cuando éste cese. Por tanto, el pago de la cantidad completa, según cuantos días hayan pasado desde el momento en que existió la obligación de desalojar, no va a conocerse hasta que haya cesado el incumplimiento de dicha condición, momento en que empieza la prescripción a la que deberá aplicarse el plazo general del artículo 1964 del Código Civil. En definitiva, es la pena la que se calcula día por día, no la cantidad resultante de multiplicar los días de incumplimiento por la cantidad establecida. Es por todo ello que debe desestimarse también este motivo del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Cuando se trata del ejercicio de acciones reales contradictorias o limitativas del dominio de los bienes gananciales, se hace necesario que aquel que se crea asistido de alguna de dichas acciones la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que el ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Sergio interpuso demanda de menor cuantía contra don Donato, sobre acción reivindicatoria, solicitando que «se dicte sentencia por la que declare la invasión de la propiedad de la actora por parte de la demandada, ordenando que se reponga la propiedad de mi principal a su estado originario, de modo que la linde colindante con la finca del demandado vuelva al estado anterior a la perturbación a costa del demandado y, todo ello, con expresa condena en costas al demandado, dada su temeridad y mala fe. Subsidiariamente, en caso de imposibilidad de reposición, se condene a indemnizar por los daños y perjuicios causados, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia».

⊙ Admitida a trámite la demanda, el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «se dicte sentencia por la que con expresa imposición de costas a la parte actora, se declare la improcedencia de la acción ejercitada contra mi representado, desestimando íntegramente lo solicitado en el suplico de la demanda y, en su consecuencia se condene a la demandante a estar y pasar por dicha declaración».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cazorla dictó Sentencia el 30 de abril de 1999 estimando parcialmente la demanda condenando a la parte demandada a que reponga la linde de ambas fin-

cas al estado originario, tapando la zanja que ha sido abierta por el demandado de forma unilateral.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Jaén dictó Sentencia el 22 de junio de 2000 estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y absolviendo al demandado en la instancia, con imposición de las costas al actor, y sin expresa mención de las causadas en esta alzada.

⊙ Don Sergio interpuso recurso de casación, acordando el Tribunal Supremo que se retrotrajeran las actuaciones al momento de la comparecencia, a fin de corregir la falta de litisconsorcio pasivo apreciada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El actual proceso se inicia por demanda de don Sergio, a beneficio de su sociedad de gananciales, ejercitando una acción reivindicatoria de dominio frente a don Donato en relación con una finca rústica. Denunciaba el actor, en definitiva, que el demandado, lindero suyo, había abierto una zanja de más de un metro de ancho, invadiendo su propiedad y ocasionando riesgo de desprendimiento de tierra y olivos.

El demandado, que opuso en su contestación a la demanda, con carácter previo, las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda y litisconsorcio pasivo necesario, esta última al no haber sido demandada su esposa, titular registral también de las fincas cuya porción de terreno se reclamaba de contrario, adujo, en cuanto al fondo, su disconformidad con la extensión de la finca propiedad del actor en los términos en que se describía en el escrito de demanda, negando, por otra parte, haber llevado a cabo acto de invasión alguno.

Al tiempo de la comparecencia fueron desestimadas las dos excepciones referidas, argumentando el Juzgador, en cuanto a la segunda, la que aquí interesa, que «se rechaza igualmente pues ningún dato ha aportado la parte demandada que venga a acreditar el carácter ganancial de su finca». Por nota unida a los autos al folio 61, había contestado el actor a las excepciones opuestas de contrario, entendiéndolas improsperables e instando, *ad cautelam*, la ampliación de la demanda respecto de la esposa de Donato, para subsanar el eventual defecto litisconsorcial, caso de apreciarse.

La Sentencia de Primera Instancia, que dio por reproducidos los argumentos vertidos en la comparecencia sobre las excepciones planteadas por la parte demandada, al no haberse formulado contra tal decisión protesta alguna, consideró probado, en cuanto al fondo, que la actuación llevada a cabo por el demandado afectaba en todo caso a la finca del actor, y ello aun cuando no se pudo determinar pericialmente la linde exacta de las fincas litigiosas. No obstante, no entendió concurrentes los requisitos exigidos por el artículo 348 del Código Civil para el éxito de la acción reivindicatoria ejercitada, estimando únicamente la demanda, *ex* artículo 1902 del mismo texto legal, en base al deterioro ocasionado por el demandado en la parte inferior de la finca del actor, provocando riesgo de desmonte. Condenó, en suma, al demandado, con estimación parcial de la demanda, a la reposición de la linde a su estado originario.

En apelación, por el contrario, se acogió la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que opuso el demandado visto, desde la prueba practicada, el carácter ganancial de las fincas que se referían en la demanda, dejando así imprejuzgada la acción.

En el motivo primero, junto a la infracción del artículo 533.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 24 de la Constitución Española, se denuncia «error en la apreciación de la prueba obrante en autos». Pese al enunciado del motivo referido, circunscribe el recurrente sus argumentos a combatir las consideraciones fácticas efectuadas por la Audiencia sobre el carácter ganancial de la finca propiedad del demandado, que la Sala *a quo* dedujo de las certificaciones registrales aportadas en la alzada y ello aun cuando, precisa, «la descripción registral de esas fincas haga referencia a un paraje distinto al del actor».

El motivo debe ser desestimado. Dado el carácter extraordinario del recurso de casación, resulta ya inatacable la naturaleza «ganancial» de las fincas a que se contrae el proceso, por venir sustentada tal calificación en una base fáctica que no ha sido combatida eficazmente en casación, con denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba y cita de norma de valoración que contenga regla legal tasada que se considere infringida –Sentencias de 6 de mayo de 1997, 1 de marzo de 1999, 26 de abril de 2000 y 2 de marzo de 2001–. El planteamiento del recurrente, en definitiva, adolece del vicio de

razonamiento consistente en «hacer supuesto de la cuestión». Así, en el desarrollo argumental del motivo se basa en conclusiones fácticas distintas de las alcanzadas por el Tribunal de apelación, y elude otras que son desfavorables a sus tesis, exponiendo su propia, parcial e interesada valoración probatoria. Incurre, e insiste, en el defecto casacional de la petición de principio, que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida –Sentencias 20 de febrero de 1992, 12 de noviembre de 1992, 29 de diciembre de 1998 y 5 de julio de 2000, entre otras muchas–, o, lo que es lo mismo no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia –Sentencias 15 de noviembre de 1995 y 24 de marzo de 1995 – o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto e conformidad con aquéllos –sentencias 25 de febrero de 1995, 30 de mayo de 1995 y 14 de julio de 1997–.

Sentada la naturaleza ganancial de las fincas, resulta acertada la apreciación por la Audiencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al ser la postura jurisprudencial en esta materia, como recuerda la Sentencia de 19 de marzo de 2001, que «cuando se trata del ejercicio de acciones reales contradictorias o limitativas del dominio de los bienes gananciales, se hace necesario que aquel que se crea asistido de alguna de dichas acciones la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que el ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario» y ello a diferencia de lo que ocurre cuando se postula la eficacia o ineficacia y consecuencias de una relación negocial o contractual, en que basta dirigir la pretensión contra aquel de los cónyuges que fue parte en el contrato.

En el motivo tercero del presente recurso de casación, se denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio invocando el recurrente como infringida no sólo la regla 3ª del artículo 693 de la misma Ley procesal, la única adecuada por tratarse, el denunciado, de un defecto subsanable –Sentencia de 17 de diciembre de 2003–, sino además la regla cuarta de igual precepto.

Este motivo debe ser acogido. Debe significarse que en el acto de la comparecencia rechazó el Juzgador de Primera Instancia las excepciones planteadas, entre ellas la falta de litisconsorcio pasivo necesario, sin llegar a pronunciarse pues, sobre la solicitud expresa cursada subsidiariamente y *ad cautelam* por el actor de, en cualquier caso, ampliar la demanda. No cabe duda, por tanto, que la final estimación de esa excepción, que no habría tenido lugar de haberse acogido en su momento su solicitud de ampliar la demanda y llamar a la litis a la esposa del demandado, lo que ha privado al actor de la resolución sobre el fondo de la acción real ejercitada, al haber recaído una falta desestimatoria en la instancia, cuando lo procedente es solventar, en el acto de la comparecencia del artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el eventual defecto de litisconsorcio pasivo necesario, bien se haya aducido por las partes o bien se aprecie de oficio por el Juez –Sentencia de 22 de julio de 1991–, señala la Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2004, con cita de la de 21 de octubre de 1997, que «la falta de litisconsorcio puede ser corregida mediante el emplazamiento de los que debieran ser demandados, a cuyo efecto puede utilizarse la comparecencia obligatoria del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de donde se deduce –y esto es lo que aquí interesa– que su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución en la sentencia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación. Todo ello como remache de lo que afirma la Sentencia de 18 de marzo de 1993, que todo ello supone la anulación de las actuaciones procesales retrotrayéndolas al acto de dicha comparecencia previa». Igual solución se ha acordado en las Sentencias de esta Sala de 8 de abril de 2002, 17 de diciembre de 2003, 1 de julio de 1995, 13 de octubre de 1994, 1 de julio y 7 de octubre de 1993, 14 de mayo de 1992, entre otras muchas.

Por todo lo expuesto, sin necesidad de analizar ya los otros dos motivos, procede estimar el presente recurso, casando la Sentencia de apelación, para declarar la nulidad de actuaciones, con retroacción al momento procesal de la comparecencia del artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, para que se proceda a subsanar el defecto de falta de litisconsorcio pasivo necesario, mediante la citación y emplazamiento de las partes necesarias, en este caso, la esposa del demandado, a fin de que contesten a la demanda y, conservando los actos procesales realizados con admisión sólo de escritos, pruebas o conclusiones en relación con los puntos nuevos introducidos en la litis, se dicte nueva sentencia de primera instancia, con las demás consecuencias procesales.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Acto de disposición de bien ganancial sin consentimiento *uxoris*. Es anulable, no nulo; sólo está legitimado activamente el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido; plazo de caducidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En fecha 2 de marzo de 1978, don Carlos y don Alonso suscribieron un contrato de compraventa privado, por el cual el señor Carlos vendía al señor Alonso la vivienda tipo D en la primera planta, así como la plaza de garaje que a la misma corresponde del edificio sito en la CALLEooo s/n libre de cargas y gravámenes, fijándose como forma de pago en total dos millones de pesetas, 1.300.000 a la firma del contrato y el resto 700.000 pesetas en el plazo aproximado de 90 días. En la fecha de celebración del contrato se entregaron por parte del comprador la cantidad de 1.300.000 pesetas y la suma de 700.000 pesetas, como resto que quedaba pendiente para el pago de la vivienda el día 1 de julio de 1978. Consta haber pagado el comprador las contribuciones territorial urbana, impuesto de bienes inmuebles, tanto de la vivienda como de la plaza de garaje.

⊙ Don Alonso en fecha 21 de septiembre de 1987, practicó requerimiento notarial a don Carlos a fin de que «procediera formalmente al otorgamiento de la escritura pública a su favor, conforme autoriza la cláusula sexta del documento privado de 2 de marzo de 1978». Dicho requerimiento se practicó en la persona de doña Luz, esposa de don Carlos quien recogió la cédula y a quien «le leyó íntegramente, por su elección, el Acta».

⊙ El día 30 de septiembre de 1978 don Carlos compareció ante el notario, contestando que «estaba dispuesto a elevar a público el citado documento privado de venta de 2 de marzo de 1978...». El día 27 de marzo de 1988 falleció don Carlos.

⊙ Conforme a la certificación del Registro de la Propiedad núm. 6 de Valencia, la finca núm. NUMooo como consecuencia de las operaciones particionales de la herencia del causante don Carlos, por escritura pública de 1 de julio de 1994, la citada finca de carácter ganancial se adjudicaba a don Luis Pedro, el cual inscribe su dominio en el Registro de la Propiedad el 29 de agosto de 1996.

⊙ Por escritura pública de 25 de septiembre de 1996 don Luis Pedro vendió la citada finca a don Juan Carlos. La compraventa se efectuó por el precio de 5 millones de pesetas, que se confesaban recibidas.

⊙ La plaza de garaje según certificación aportada por el Registro de la Propiedad de fecha 19 de noviembre de 1997, consta inscrita a nombre de los consortes don Carlos y doña Luz.

⊙ Don Alonso interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Luis Pedro, doña Luz y don Hugo, solicitando que se dictara sentencia por virtud de la cual condene a los demandados A) Indemnizar a mi representado don Alonso en el valor que tenía la finca registral número NÚMooo, del Registro núm. 6 de Valencia, consistente en vivienda situada en Valencia al tiempo de ser vendida a don Juan Carlos, el día 25 de septiembre de 1996, según tasación pericial que

se practique en período de prueba o en ejecución de sentencia. B) A realizar cuantos actos sean precisos, incluida la correspondiente adición de herencia, a fin de que se otorgue por los demandados, o de oficio por el Juzgado si aquéllos no lo hicieran, la correspondiente escritura pública de compraventa a favor de don Alonso respecto de la plaza de garaje sito en Valencia. C) Alternativamente y para el supuesto de que la plaza de garaje se hubiera vendido a tercero de buena fe, se condene solidariamente a los demandados a indemnizar a mi mandante en el valor que tuviera la citada plaza al tiempo de su venta a tercero, según tasación pericial que se practique en fase probatoria o en ejecución de sentencia. D) Se condene solidariamente a los demandados al pago de las costas procesales y al pago de intereses legales.

- Doña Luz, don Luis Pedro y don Hugo se personaron en autos y contestaron a la demanda solicitando su desestimación.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia dictó Sentencia el 5 de noviembre de 1999 estimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 15 de mayo de 2000 desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandados.

- Don Luis Pedro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Ejercitada por el demandante en la instancia y parte recurrida en casación don Alonso acción de indemnización por incumplimiento del contrato privado de compraventa de un piso y de una plaza de garaje, celebrado por escrito en documento privado de 2 de marzo de 1978, la cuestión que nos interesa destacar es la relativa a la alegación de falta de consentimiento de la esposa en la compraventa.

El motivo cuarto también se desestima porque se insiste en el carácter ganancial de la vivienda y de la plaza de garaje objeto de la compraventa, lo que es cierto, y se alega infracción de los artículos 1377 y 1301 del Código Civil (en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, relación que no explica ni se explica) por falta del consentimiento *uxoris*, lo que no es cierto. El acto de disposición de bien ganancial realizado por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro se puede anular –anulabilidad, no nulidad– (Sentencias de 17 de abril de 1990, 7 de junio de 1990, 22 de diciembre de 1993) a instancia solamente de aquel cuyo consentimiento se hubiera omitido (Sentencias de 17 de abril de 1990, 22 de diciembre de 1993), dice el artículo 1322 del Código Civil que concreta la sanción legal cuando no se ha cumplido lo que dispone el 1377.

En el presente caso, el cónyuge supérstite, doña Luz se ha aquietado ante el rechazo de este argumento por las sentencias de instancia. Y no lo puede hacer valer ahora, en recurso de casación, su hijo. A mayor abundamiento, la jurisprudencia ha reiterado que esta anulabilidad sólo se puede interesar por vía de acción, no de excepción (Sentencias de 6 de octubre de 1988, 7 de junio de 1990, 11 de octubre de 1990) Finalmente, en todo caso, habría caducado la acción por el transcurso del plazo de cuatro años que fija el artículo 1301, a contar desde el día en que la esposa tuvo conocimiento del acto dispositivo, lo cual ocurrió el 21 de septiembre de 1987, al recibir y oír el requerimiento notarial de otorgar escritura de aquel acto dispositivo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desestimada la solicitud de indemnización de daños y perjuicios efectuada por el ex esposo contra la ex esposa por no haber podido hacer uso de los inmuebles que se atribuyó en la liquidación de la sociedad de gananciales.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Julián es propietario de los pisos primero y segundo y ático del edificio sito en Villagarcía de Arosa, que le fueron adjudicados en la liquidación y división de la sociedad de gananciales, consecuencia de la separación legal del matrimonio, el 21 de junio de 1991, protocolizada notarialmente el 16 de julio de 1992.

⊙ La entrega definitiva de las viviendas se produjo el 20 de enero de 1993 con la correspondiente intervención de la autoridad judicial.

⊙ El actor se trasladó a vivir a las viviendas de su propiedad, encontrándose con que la bomba de suministro de agua a los pisos había sido retirada por su ex esposa doña Encarna que, además, según relata don Julián, hizo imposible la convivencia pacífica en el edificio, por lo que se ha visto obligado a alquilar un piso para poder vivir. A consecuencia del no uso de sus pisos, se han producido deterioros en ellos cuya reparación costaría, según informe que acompañaba, 1.680.000 pesetas, y perjuicios por verse obligado al alquiler del piso, que alcanzaban la suma de 4.320.000 pesetas. Reclamaba también el actor el importe de los recibos de contribución por IBI correspondientes a los ejercicios de 1995, 1996 y 1997 de los pisos de doña Encarna, por ser el que satisface al Ayuntamiento dicho impuesto al constituir todo el edificio una única finca y no encontrarse dividido en propiedad. Por recibos impagados de luz por la demandada así como por la cuota de reenganche, abonó a Fenosa la suma de 7.965 pesetas Por último, alegaba que doña Encarna había realizado las obras que describía en el edificio, sin consentimiento suyo.

⊙ Don Julián interpuso demanda de menor cuantía contra doña Encarna solicitando que se dictase sentencia por la que se condenase a la demandada: «1. A abonar a don Julián la cantidad de 6.000.000 de pesetas por los daños y perjuicios causados.- 2. A abonar la cantidad adeudada por los recibos de Impuesto de Bienes Inmuebles que asciende a 82.022 pesetas- y por los recibos de Fenosa que asciende a 7.956 pesetas. 3. A restituir el inmueble al estado anterior a las obras realizadas, retirando asimismo los rótulos luminosos instalados en la fachada del edificio. 4. Los intereses legales precedentes.- 5. Las costas del pleito».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «desestimando todas las pretensiones de la demanda, con excepción de la acción que pretende la retirada de los rótulos de la fachada a la que esta parte demandada se allana, y condenando al actor al pago del procedimiento. Posteriormente formuló reconvención, con la súplica al Juzgado de que se dictase sentencia estimando la reconvención que declarase la obligación de don Julián de otorgar la escritura pública de división horizontal necesaria para la inscripción registral independiente e individualizada de los pisos y bajo adjudicados

a cada uno de los cónyuges en exclusiva en el Acta de protocolización judicial del Auto de liquidación y disolución de la sociedad legal de gananciales de 16 de julio de 1998, imponiendo además a don Julián la obligación de pago de las costas de esta reconvención si temerariamente llegara a oponerse a nuestras pretensiones».

- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Cambados dictó Sentencia el 2 de junio de 1999 desestimando la demanda y estimando la reconvención condenó a don Julián a que proceda, junto a la reconviniente, a otorgar escritura pública de división horizontal necesaria para la inscripción registral independiente e individualizada de los pisos y bajo adjudicados a cada uno de los cónyuges en liquidación y disolución de la sociedad legal de gananciales, de 16 de julio de 1998.

- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Pontevedra dictó sentencia estimando el recurso interpuesto por don Julián.

- Don Julián interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC de 1881, acusa infracción del artículo 1233 CC, en cuanto que de la confesión judicial del actor la sentencia recurrida obtiene que no ocupó los pisos que le fueron adjudicados en la liquidación de gananciales por su particular interés en vivir en otro lugar. Se sostiene que de la valoración en su totalidad de la confesión se desprende que se fue a vivir fuera de Cambados por la actitud de su ex-mujer. El motivo se desestima, pues la valoración de la prueba de confesión corresponde a la instancia, que ha de respetar los principios legales que la regulan, como en este caso sucede. La Audiencia ha deducido de la totalidad de la absolución de posiciones que la causa de que no utilizase los pisos se debía a propia voluntad del actor, no a impedimentos puestos por su ex mujer. El que su valoración no coincida con la del mismo, en modo alguno motiva que se hayan infringido las normas legales sobre esta prueba. Por otra parte, la absolución de la posición cuarta de la confesión del actor no puede servir de base para la formulación de este motivo. El actor en absoluto declaró que la causa de no usar los pisos se debía a la conducta de su exesposa, sino que se limitó a afirmar que desde la separación conyugal se trasladó a vivir a Mazaricos y actualmente residía en La Coruña.

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1218, párrafo 1º del Código Civil, ya que ha desconocido el precepto a la hora de valorar el documento notarial consistente en acta de requerimiento de 4 de agosto de 1992, en la que se recogen insultos de todo tipo y amenazas de muerte de su ex esposa contra él. El motivo se desestima porque es doctrina jurisprudencial la de que el documento público en absoluto tiene prevalencia sobre otras pruebas, y no impide que sea valorado de una manera conjunta con el resto del material probatorio. Precisamente a esa valoración conjunta, negativa para su tesis de por qué no había ocupado sus pisos, es a la que el recurrente acude junto con la infracción denunciada, para deducir gratuitamente que la sentencia debe casarse. Además, en el acta notarial constan la afirmación del notario autorizante que cuando el actor quiso entrar en las viviendas adjudicadas cambiando la cerradura, irrumpió la ex esposa, y una de las hijas se opuso a tal acción, dirigiendo al actor toda clase de insultos y amenazas de muerte. Pero ello sucedió el 4 de agosto de 1992, y no puede quedar la historia inmóvil desde esa fecha, pues cuando se produjo el 20 de enero de 1993 la entrega de los pisos con intervención judicial, la ex esposa tuvo una actitud de colaboración en la entrega de las llaves. En suma, nada prueba que aquella actitud adoptada en 1982 haya prevalecido a lo largo de los años, impidiendo al actor el disfrute de sus pisos.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, alega infracción del artículo 7.2 Cód. Civil porque la demandada dejó a los pisos sin agua y sin fluido eléctrico, pero de forma que no lo hizo para independizar los consumos de los suyos propios, sino para causar un perjuicio a su ex marido. El motivo se desestima por tratarse de cuestión (abuso de derecho) no abordada ni planteada siquiera por el recurrente, actor en su día, en su escrito de demanda, y la jurisprudencia de esta Sala es constante en el mantenimiento de la negativa a que en el recurso de casación se planteen

cuestiones nuevas, y no en los escritos rectores del procedimiento.

El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de artículo 1902 Cód. Civil, basándose en que se han acreditado los daños causados por la ex esposa y su culpabilidad. El motivo se desestima porque parte como presupuesto para fundamentar lo contrario de lo afirmado por la sentencia recurrida, correspondiendo por tanto a una valoración subjetiva e interesada de todo el material probatorio.

El motivo quinto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de los artículos 1196.1.º y 504 del Código Civil. Se basa en que la sentencia recurrida aplica la compensación respecto a los recibos del IBI pagados en los ejercicios de 1995, 1996 y 1997, con los pagados por la ex esposa, en ejercicios anteriores, que opuso la excepción de compensación. Alega que los pisos que a él le correspondieron en el años 1992 los disfrutaba antes en exclusiva la demandada, la cual vendría obligada al pago de sus gastos por aplicación del artículo 504 Cód. civil, y que la razón del pago hecho por él es que no estaba independizado el IBI del edificio de los pisos que lo componían.

Del examen de este motivo ha de quedar excluido la inoportuna cita del artículo 504, que no funda ninguna declaración judicial y se trae a modo de corroboración de argumentos, y por ello no puede ser motivo de infracción casacional. El artículo 1196.1.º Cód. Civ. determina que la compensación se producirá, entre otros requisitos, cuando uno de los obligados lo esté principalmente, y a la vez sea acreedor principal del otro. La sentencia recurrida ha acogido la excepción de compensación opuesta por la demandada, en la que alega que ella pagó el IBI de los ejercicios de 1988 a 1992 (año de adjudicación de los pisos al actor), con dinero privativo porque la sociedad de gananciales estaba disuelta por sentencia de separación matrimonial, y en mayor cantidad que la reclamada en la demanda. En el recurso no se han impugnado ninguna de estas circunstancias, sólo se argumenta en que la demandada disfrutaba de los pisos en exclusividad (de ahí la referencia al artículo 504 del Cód. Civ.). Pero esta última circunstancia, tampoco se da por probada la sentencia recurrida, aparte de que no destruiría la obligación que tienen los titulares de una sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada, de afrontar por igual los impuestos que graviten sobre inmuebles gananciales.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales al acreedor existente en el momento del otorgamiento, aunque aún no se hubiese dictado sentencia firme en el procedimiento que aquél interpuso contra el esposo. Como el acreedor pidió la inoponibilidad de las capitulaciones y no su nulidad, ni su rescisión por fraude, no concurre la excepción de prescripción.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En el año 1986, el Ayuntamiento de Teror demandó a don Jesús Ángel y otras dos personas, por incumplimiento de un contrato de arrendamiento de un manantial perteneciente al citado Ayuntamiento. La Sentencia de esta Sala de 28 octubre 1991, revocando la dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, consideró que los arrendatarios demandados eran deudores solidarios del Ayuntamiento demandante, por lo que les condenó al pago de 34.010.959 pesetas (204.409,98 euros).

⊙ Los cónyuges don Jesús Ángel y doña Victoria habían otorgado capitulaciones matrimoniales el 20 de marzo de 1991, en las que se disolvió la sociedad de gananciales, y se atribuyó a la esposa, doña

Victoria, demandada en este pleito junto con su marido, los bienes inmuebles, además de otros bienes, y al marido una cantidad de dinero equivalente.

⊙ El Ayuntamiento de Teror interpuso una querella pidiendo que se condenara a los cónyuges por un delito de alzamiento de bienes, del que fueron absueltos.

⊙ El Ayuntamiento interpuso demanda de menor cuantía contra don Jesús Ángel y doña Victoria, solicitando que se dictase sentencia por la que: «A) Se declare que las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges don Jesús Ángel y doña Victoria, mediante escritura pública otorgada ante el Notario don Manuel Emilio Romero Fernández, el día 21 de marzo de 1991 y al núm. 954 de su protocolo, son inoponibles, en cuanto a la mitad indivisa de los bienes que pertenecían a don Jesús Ángel, cuando el régimen económico de matrimonio era el de gananciales y con posterioridad fueron adjudicados a doña Victoria, a la ejecución judicial del crédito reconocido al ilustre Ayuntamiento de Teror por sentencia firme dictada en los Autos del Juicio Declarativo de Menor Cuantía número 677/86 del Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Las Palmas».

⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, quienes se personaron en autos y solicitaron la desestimación de la demanda con condena en costas.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 26 de marzo de 1998 estimando la demanda y declarando que: A) Que las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges don Jesús Ángel y doña Victoria, mediante escritura pública otorgada ante el Notario don Manuel Emilio Romero Fernández, el día 21 de marzo de 1991 obrante al núm. 954 de su protocolo, son inoponibles, en cuanto a la mitad indivisa de los bienes que pertenecían a don Jesús Ángel cuando el régimen económico de matrimonio era el de gananciales y con posterioridad fueron adjudicados a doña Victoria, a la ejecución judicial del crédito reconocido al Ayuntamiento de Teror por sentencia firme dictada en los autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía núm. 677/86 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas. B) Debo condenar y condeno a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración. Condenando en costas a la demandada doña Victoria.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Las Palmas dictó Sentencia el 15 de abril de 2000, revocando la sentencia del Juzgado y desestimando la demanda.

⊙ El Ayuntamiento de Teror presentó recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el presente litigio, el Ayuntamiento pidió la inoponibilidad de los capítulos matrimoniales otorgados por los demandados. A ello contestaron los cónyuges separadamente, aunque alegaron las mismas razones para oponerse a la demanda; fundamentalmente, que en realidad se estaba ejercitando una acción rescisoria por fraude de acreedores, que estaba ya prescrita, que el Ayuntamiento carecía de acción porque la sentencia que resolvió la querella presentada contra los cónyuges no estimó la nulidad de los capítulos y porque en realidad la esposa no era deudora y que la condición de acreedor del Ayuntamiento demandante surgió de la Sentencia de 28 de octubre de 1991, no antes y, por tanto, que el demandado no era deudor del Ayuntamiento demandante cuando otorgó los capítulos.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria, de 26 de marzo de 1998, estimó la demanda. Entendió que la acción ejercitada por el Ayuntamiento deman-

dante era distinta de la presentada en vía penal y que aunque no hubo fraude de acreedores, no se les podían oponer los capítulos, de modo que de acuerdo con el artículo 1317 del Código Civil, se producía la inoponibilidad respecto de la masa de don Jesús Ángel.

Apelada esta sentencia, la Sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia en 15 abril 2000, revocándola. Se argumentó que no había base para entender que había un «sospechoso cambio de titularidad» de los bienes, porque cuando se otorgaron las capitulaciones, «no se estaba ante una deuda concreta ya existente, sino de una muy relativa mera expectativa (por carencia de firmeza de la sentencia que había declarado precisamente que no la había)». Contra esta sentencia, formula el Ayuntamiento de Teror el presente recurso de casación.

Para una más coherente argumentación, se debe empezar a estudiar el tercero de los motivos del recurso, que al amparo del artículo 1692.4 LEC denuncia la infracción del artículo 1317 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta. Dice el ayuntamiento recurrente que la jurisprudencia declara que el artículo 1317 del Código civil despliega su eficacia aun cuando el cambio de régimen se haya realizado válidamente, de modo que los derechos de los acreedores quedan a salvo, a pesar de la modificación y alega a su favor diversas sentencias de esta Sala, en las que se declara la inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales, sin necesidad de que se pida ni la nulidad ni la rescisión de las mismas. Añade que la propia Sentencia de 9 de julio de 1990, alegada por la Sala sentenciadora, defiende una tesis contraria a la que se recoge en la sentencia recurrida.

Lleva razón el recurrente en este motivo, por lo que debe ser admitido. Efectivamente, es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 del Código Civil, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos. Por ello se ha afirmado reiteradamente por esta Sala que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, ya que lo que establece el artículo 1317 del Código Civil «es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna» (STS de 15 de marzo de 1994, entre muchas otras). Cuando el artículo 1317 del Código Civil establece que «la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos exigidos en el propio artículo 1317, cuya concurrencia en el presente caso se examinará más adelante. El artículo 1317 del Código Civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cual de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS de 21 de noviembre de 2005, 1 de marzo de 2006, 3 de julio de 2007, etc.). Se trata de una doctrina consolidada jurisprudencialmente, lo que exime de la cita de las sentencias por ser de general conocimiento.

El Ayuntamiento de Teror, en la demanda origen de este litigio, pidió la inoponibilidad de las capitulaciones otorgadas entre los cónyuges demandados, no su nulidad, ni su rescisión por fraude. Por ello debe ser admitido este motivo, de acuerdo con los argumentos antes aportados.

La admisión del motivo tercero obliga a examinar si se daban los requisitos establecidos en el propio artículo 1317 del Código Civil para que las capitulaciones sean inoponibles a los acreedores del marido. Ello obliga a examinar el primero de los motivos presentados en este recurso. En él, al amparo del núm. 4 del artículo 1692 LEC, se denuncia la infracción de la jurisprudencia contenida en las Sentencias de esta Sala, de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993 y 24 de septiembre de 1998. El recurrente alega que se infringe la doctrina jurisprudencial que establece que toda sentencia firme, con independencia de los puros efectos de cosa juzgada, produce otros accesorios e indirectos, entre los cuales se encuentran el de constituir, en un ulterior proceso, un medio de prueba de los hechos en ella contemplados y valorados y que fueron determinantes en su parte dispositiva, o sea, medio de prueba calificado. Se afirma que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la declaración de hechos probados de la de 28 octubre 1991, que condenó a don Jesús Ángel como deudor solidario, junto con otros dos, del Ayuntamiento de Teror, dado que era arrendatario de un manantial propiedad del citado Ayuntamiento y había incumplido la obligación de pago de las rentas pactadas. El recurrente dice no ignorar el efecto de cosa juzgada que la sentencia produce, pero argumenta, además, que la cosa

juzgada produce unos efectos indirectos, de modo que los órganos jurisdiccionales deben resolver los problemas planteados en el segundo litigio exactamente igual a como fueron definidos en el primero. En definitiva, lo que pretende el recurrente en este motivo es demostrar que don Jesús Ángel era deudor del Ayuntamiento demandante en el momento en que otorgó las capitulaciones matrimoniales, razón por la cual se debería reconocer la inoponibilidad, porque se habría cumplido el requisito del artículo 1317 del Código Civil en relación a los «derechos ya adquiridos por terceros» mientras que la sentencia recurrida entiende que no existía una verdadera obligación antes de la Sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1991.

En el mismo sentido se formula el motivo segundo de este recurso, que debe examinarse conjuntamente con el primero. En él se denuncia la infracción de los artículos 1089, 1091, 1258 y 1555.1.º del Código Civil, en el sentido de que la obligación por la que fue condenado don Jesús Ángel no nace de la sentencia de esta Sala, sino del contrato que había concluido con otras dos personas y, por tanto, la deuda existía desde el momento en que dejó de pagar al Ayuntamiento, como se pone de relieve en la sentencia de 1991.

Como afirma la Sentencia de 17 de febrero de 1986, el artículo 1317 del Código Civil significa que «Los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria»; por tanto, resulta imprescindible para el resultado de este recurso, examinar si la obligación por la que el Ayuntamiento de Teror demanda la inoponibilidad de los capítulos era o no anterior a su otorgamiento.

1.º En primer lugar debe afirmarse rotundamente que de acuerdo con la sentencia de esta Sala, relativa al primer litigio sostenido entre el Ayuntamiento hoy recurrente y don Jesús Ángel, no existe ninguna duda acerca de que éste era deudor del primero como consecuencia de haber asumido unas obligaciones contractuales que había incumplido. La Sentencia pronunciada en 28 octubre 1991 por esta Sala fue puramente declarativa y no impuso a don Jesús Ángel ninguna nueva obligación, sino que lo que hizo fue condenarle, como deudor solidario que era, al pago de unas obligaciones que no había cumplido.

2.º La sentencia absolutoria de la Audiencia territorial pronunciada en aquel pleito no puede llevar a considerar que se amparaba a don Jesús Ángel para otorgar los capítulos matrimoniales que ahora se consideran inoponibles. La sentencia simplemente, no era firme. Debe destacarse aquí que los capítulos se habían otorgado en marzo de 1991 y en octubre del mismo año se dictó la sentencia de esta Sala.

Todo ello lleva a la conclusión de que la deuda existía ya cuando se otorgaron los capítulos de referencia, cumpliéndose los requisitos exigidos en el artículo 1317 del Código Civil y por ello no son oponibles a los acreedores de don Jesús Ángel, entre los que se encuentra el Ayuntamiento hoy recurrente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La deuda contraída por un cónyuge en el ejercicio del comercio al que se dedica con conocimiento y sin oposición de su consorte, tiene carácter ganancial y por tanto de ésta misma deben responder los bienes gananciales, aunque se hayan atribuido a la esposa con ocasión de la liquidación de la sociedad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ La entidad V.T. Plastic, SA interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Gonzalo y doña Ángeles solicitando que «se dictase sentencia por la que se condene a los demandados a hacer pago a mi mandante del principal reclamado que, asciende a la suma de

10.581.586 pesetas, así como al pago de los intereses legales, desde el vencimiento de la cambial. Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid dictó Sentencia el 21 de noviembre de 1997 estimando la demanda formulada por V.T. Plastic SA frente a Gonzalo condenándolo a abonar a la actora la cantidad de 10.368.978 pesetas, con los intereses legales desde la presentación de la demanda, absolviendo a Ángeles, con imposición de las costas al condenado salvo las causadas por la demandada absuelta que se imponen a la actora.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 20.ª de la AP de Madrid dictó sentencia estimando en parte el recurso y condenado también a doña Ángeles, a los efectos de los bienes gananciales, al pago de la suma de 10.581.586 pesetas, e intereses legales y costas.

⊙ Don Gonzalo y doña Ángeles interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de condenar a los demandados al pago de la cantidad de 10.368.978 pesetas, en lugar de la consignada en el fallo de la sentencia recurrida 10.581.586 pesetas, manteniendo en todo lo restante la Sentencia de la Audiencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del proceso versa sobre la reclamación del precio de una compraventa mercantil contra el cónyuge que la celebró en el ejercicio del comercio, y contra su esposa, los cuales estaban sujetos al tiempo de la operación al régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales.

La entidad V.T. Plastics, SA dedujo demanda contra don Gonzalo y su esposa doña Ángeles, en reclamación de la suma de diez millones quinientas ochenta y una mil quinientas ochenta y seis pesetas de principal –10.581.586 pesetas–, comprensiva del importe del material de construcción suministrado con IVA incluido (10.368.978 pesetas), de los gastos de devolución de la letra de cambio acompañada a la demanda como número nueve por un total de doscientas siete mil trescientas setenta y nueve pesetas, cuarenta y cuatro pesetas de gastos de correo y cinco mil ciento ochenta y cuatro pesetas de gastos de denegación de pago del Banco, y los intereses legales desde el vencimiento de la cambial.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid de 21 de noviembre de 1997 estimó parcialmente la demanda, desestimándola: en el aspecto cuantitativo al no aceptar los gastos bancarios de devolución, correo, denegación de pago, e intereses desde el vencimiento de la cambial, por lo que redujo la condena a la suma de diez millones trescientas sesenta y ocho mil novecientas setenta y ocho pesetas –10.368.978 pesetas–, con los intereses legales desde la presentación de la demanda, y en el aspecto personal al absolver a la codemandada doña Ángeles, con base en que no intervino en el contrato ni a título personal, ni como integrante de una supuesta empresa familiar, ya que toda la documental del proceso, incluyendo las facturas giradas por el demandado a Construcciones y Promociones Astorga SA, aparece exclusivamente el nombre propio del codemandado Sr. Gonzalo.

La Sentencia de la Sec. 20.ª de la Audiencia Provincial de 5 de junio de 2000, dictada en el Rollo núm. 386 de 1998, estima, en parte, el recurso interpuesto por la parte actora V.T. Plastics SA, en el sentido de condenar a la demandada doña Ángeles, a los efectos de los bienes gananciales, al pago de la suma de diez millones quinientas ochenta y una mil quinientas ochenta y seis pesetas, e intereses legales confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada.

El recurso de casación plantea tres cuestiones: la realidad de la deuda, su cuantía y la responsabilidad de la codemandada Sra. Ángeles, que se examinarán, por razones lógicas, por dicho orden.

A la primera cuestión relativa a la realidad de la deuda se dedica el motivo cuarto, en el que se denuncian infringidos los artículos 1089 y siguientes del Código Civil y se contradice la documental en que se fundamenta la *ratio decidendi* de la resolución recurrida. El planteamiento se desestima porque lo verdaderamente denunciado es error en la valoración de la prueba documental y, sin embargo, no se indica ningún precepto que contenga una norma valorativa de prueba. Por otro lado, el artículo 1089 CC no puede resultar conculcado si el supuesto

histórico determinante de la condena es la existencia de un contrato de compraventa cuyo pago se ha incumplido por el comprador, y la alusión a «siguientes», con referencia a los artículos posteriores al 1089 CC, es inviable por indeterminada, y por consiguiente casacionalmente irrelevante.

La cuestión de la cuantía de la deuda se plantea desde dos perspectivas. La primera se refiere a la falta de acreditamento documental, con base en que el montante de las facturas reclamadas no concuerda con la propia documentación de la empresa consistente en albaranes de entrega. La falta de sustento del planteamiento, efectuado conjuntamente con el examinado en el fundamento anterior en el motivo cuarto, responde a las mismas razones –*mutatis mutandis*– expresadas para la impugnación de la realidad de la deuda. La segunda cuestión alude a que la sentencia de apelación condena al pago de 10.581.586 pesetas pese a que de su fundamentación resulta que sólo estima la cantidad principal de 10.368.978 pesetas, por lo que se afirma (motivo segundo) que existe incongruencia del artículo 359 LEC. Al recurrente le asiste la razón, y aún cuando parece evidente que el juzgador *a quo* incurrió en un *lapsus calami*» poniendo en el fallo el importe del *petitum* de la demanda en lugar del que estimaba correcto coincidente con el del fallo de la resolución del Juzgado, que pudo haber sido subsanado, por su naturaleza de «error material», mediante el mecanismo de la aclaración, que haría innecesaria la casación, sin embargo la conducta de la actora-recurrida en casación no reconociendo la evidencia determina que deba estimarse el recurso en el particular de que se trata, sustituyendo la cantidad consignada erróneamente por la verdaderamente aceptada.

A la tercera cuestión –falta de responsabilidad de la Sra. Ángeles– se refieren los motivos primero y tercero.

En el motivo primero se aduce infracción del artículo 359 LEC. Se argumenta que la Sra. Ángeles es condenada por una causa distinta por la que fue demandada, ya que la actora ejercita acción en reclamación de cantidad contra la esposa como integrante de la empresa familiar y su intervención en el supuesto contrato de compraventa, y en ningún momento se ejercitó acción alguna de forma expresa tendente a sujetar el patrimonio atribuido a la esposa en la liquidación del régimen de gananciales que tuvo lugar por escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes otorgada el 14 de marzo de 1991.

En el motivo tercero se alega como infringido el artículo 1373 CC, argumentando que la Sra. Ángeles desconoce que el Sr. Gonzalo haya adquirido cualquier mercancía con el ánimo de revenderla en su autoridad, y jamás ha prestado su consentimiento, expreso o tácito, a la actividad de reventa. Asimismo se añade que no se ha probado la insuficiencia patrimonial del esposo, no se han perseguido bienes del mismo, no consta que la liquidación del patrimonio ganancial se haya realizado en fraude de acreedores, y conforme al precepto citado del Código Civil no se presume que las deudas contraídas por un sólo cónyuge sean de la sociedad de gananciales, sin que se pueda invocar el artículo 1317 CC una vez disuelta dicha sociedad, debiendo los acreedores impugnar la partición, cosa que no han verificado.

Los motivos se desestiman.

La deuda, de naturaleza mercantil, fue contraída por el marido en el desarrollo de su actividad comercial, la cual ejercía con conocimiento y sin oposición de su esposa, habiéndose concertado la operación que dio lugar a la misma con anterioridad a la liquidación del régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales y su sustitución por el régimen de separación de bienes. Por consiguiente, de dicha deuda deben responder los bienes gananciales, aunque se hayan atribuido a la esposa con ocasión de la liquidación de la sociedad, sin que obste a que la demanda se dirija contra ambos cónyuges el que la obligación haya sido contraída por uno solo de ellos, pues, al responder los bienes de la sociedad, puede demandarse al interviniente con notificación de la demanda al cónyuge no deudor, o formular la misma contra ambos cónyuges. Así resulta de los artículos 1365.2.º y 1317 CC y 6.º y 7º C. Comercio y doctrina jurisprudencial. El artículo 1365.2.º CC –que actúa hacia el exterior (S. 27 de marzo de 1999)– establece que los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes, y seguidamente remite al Código de Comercio si el marido o la mujer (uno de los cónyuges, desde Ley 13/2005, de 1 de julio) «fueren comerciantes». En este Código se exige que para que los bienes comunes queden obligados el consentimiento de ambos cónyuges, pero se presume el consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, o cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro (artículos 6º, inciso final, 7.º y 8.º del Código de Comercio, redactados por Ley 14/1975, de 2 de mayo). La doctrina de esta Sala es reiterada en el sentido de que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio conocida y consentida que lleva a cabo uno de los cónyuges (SS., entre otras, 30 de diciembre de 1999, 7 de marzo de 2001, 21 de

julio de 2003, 16 de febrero de 2006). Por otra parte, el artículo 1317 CC previene que la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, y la doctrina jurisprudencial es clara en orden a la sujeción de los bienes adjudicados en la liquidación respecto de las deudas de que deben responder los bienes gananciales, sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las capitulaciones ni tener que demostrar que no se pueden cobrar de otros modos los créditos (Sentencias de 18 de marzo de 2002, 1 de marzo de 2006, 3 de julio de 2007, entre otras).

Por lo expuesto, se desestima el motivo primero porque la responsabilidad de los bienes gananciales deriva de la normativa mercantil aplicable al caso de autos, con independencia de que la Sra. Ángeles no haya intervenido en la operación de que deriva el crédito por el que se acciona en la demanda, y que conociera o no su concreta concertación, pues el conocimiento sin oposición del ejercicio del comercio por el Sr. Gonzalo crea la presunción legal de consentimiento, sin que nada obste a que la reclamación pueda también dirigirse contra la misma como litisconsorte voluntario, de ahí que no haya incongruencia. Y asimismo se desestima el motivo tercero porque el artículo 1373 CC cuya infracción se denuncia se refiere a deudas privativas, que tienen un régimen jurídico diferente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desestimación de la acción de anulabilidad de la venta de un bien ganancial interpuesta por la esposa al haber transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

Don Blas y doña Isabel contrajeron matrimonio en Málaga el 26 de septiembre de 1961, concertando como régimen económico el de sociedad legal de gananciales.

En fecha 19 de septiembre de 1970, doña Isabel adquirió en documento privado para su sociedad legal de gananciales de «Sociedad Azucarera Larios, SA» por 253.120 pesetas la finca de la Urbanización Valle-Mar de Almayate, haciendo entrega en dicho acto de 100.000 pesetas y pactándose entre las partes que el resto del precio se abonaría dentro de los seis meses siguientes sin intereses o, en su caso, si no se pagaba en este plazo, dentro de un segundo plazo de los seis siguientes meses con un interés de un 8%.

En fecha veinte de febrero de mil novecientos setenta y ocho, el marido de la demandante don Blas, en forma verbal vendió por 630.000 ptas. la referenciada finca al matrimonio formado por don Juan Antonio y doña Montserrat, haciendo entrega en dicho acto los compradores de 60.000 pesetas, de lo cual expidió el vendedor el correspondiente recibo justificativo de pago, abonando la diferencia mediante un talón de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Granada Oficina de Loja que entregaron al mediador don Marcos para que lo hiciera llegar a don Blas.

Para realizar la referida transmisión, el vendedor señor Blas se valió de documento privado firmado por su esposa, doña Isabel, fechado el veinte de febrero de mil novecientos setenta y ocho por el que ésta cedía todos sus derechos sobre la parcela a favor de los compradores, don Juan Antonio y doña Montserrat, haciéndose cargo éstos de todas las cargas y gravámenes que pudieran existir, documento que resultó falsificado en la firma estampada por la transmitente señora Isabel.

Ante el Notario de esta capital don José Manuel Torres Puente el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y ocho se otorgó escritura pública de compraventa por la «Sociedad Azucarera

Larios, SA» a favor de doña Montserrat en relación con el referido inmueble, recogiendo como precio el de 130.000 pesetas

⊙ Por conducto del Notario don Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, el veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y ocho la Sra. Isabel procedió a requerir a «Sociedad Azucarera Larios, SA» para que se abstuviera de otorgar escritura pública a persona alguna de la referida finca adquirida por ella ocho años antes, requerimiento que fue contestado por don Juan María en representación de la mercantil requerida en el sentido de afirmar que ésta no tenía pendiente obligación ni relación jurídica alguna con la requirente.

⊙ Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco (Familia) de Málaga se siguió juicio de divorcio núm. 710/1984 en el que por sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y cinco se decretó la disolución del matrimonio formado por don Blas y doña Isabel.

⊙ El dos de octubre de mil novecientos ochenta y seis en la localidad de Vélez Málaga ante el Notario don Manuel Tejuca se otorgó escritura pública de declaración de obra nueva en la que se hacía constar que en la parcela adquirida de la «Sociedad Azucarera Larios, SA» por la compradora se había construido una vivienda, la cual posteriormente, el trece de noviembre del mismo año, fue inscrita en el Registro de la Propiedad a su favor y para su sociedad de gananciales.

⊙ Doña Isabel formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se declare la nulidad del contrato de fecha 28 de febrero de 1978 otorgado en escritura pública ante el Notario de Málaga don José Manuel de Torres Puentes en la misma fecha, celebrado entre la entidad Sociedad Azucarera Larios, SA como vendedora y don Juan Antonio y doña Montserrat como compradores, por tratarse de un negocio jurídico simulado absolutamente y cuyo fin ilícito es defraudar a mi mandante, decretándose, asimismo la nulidad de la escritura y la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones y anotaciones producidas por el contrato citado, cuya nulidad conlleva; igualmente se declare la ineficacia de la venta llevada a efecto verbalmente por don Blas como vendedor a favor de los demandados don Juan Antonio y doña Montserrat, de la finca objeto de litigio, al haberse llevado a efecto sin el consentimiento de doña Isabel, declarando que la finca corresponde en pleno dominio a doña Isabel y a don Blas formando parte de su sociedad de gananciales aún no liquidada, condenando a la Sociedad Azucarera Larios, SA a otorgar escritura pública de compraventa a favor de los mismos, y en su caso, se otorgue por el Juzgado, con imposición de costas a los demandados.

⊙ La entidad Sociedad Azucarera Larios, SA contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestimen las pretensiones deducidas en la demanda en lo que a mi representada se refiere, con expresa imposición de las costas del procedimiento a la actora.

⊙ Don Juan Antonio y doña Montserrat, contestaron a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestimen las pretensiones de la actora, declarando el carácter de buena fe con que adquirieron mis mandantes el bien objeto del litigio y, consecuentemente, la plena validez y eficacia del contrato cuya nulidad se insta de adverso, imponiendo expresamente las costas a la actora por su manifiesta temeridad.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vélez-Málaga dictó Sentencia el 1 de octubre de 1998 estimando la demanda y declarando: «1. la nulidad, por simulación absoluta, del negocio jurídico contrato de compraventa del inmueble, parcela de terreno en el Partido de Almayate, formalizado en escritura pública otorgada por la demandada Sociedad Azucarera Larios, SA como vendedora y

los también demandados doña Montserrat para su sociedad de gananciales en fecha 28 de febrero de 1978 en Málaga ante el Notario don José Manuel de Torres Puente, núm. 1.150 de su protocolo. 2. La correlativa nulidad y cancelación de la inscripción registral de la referida finca rústica, realizada en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Vélez Málaga, en virtud de aquella escritura de compraventa; y declarando que la mencionada parcela corresponde en pleno dominio a doña Isabel y don Blas formando parte de la sociedad de gananciales y en su consecuencia debo condenar y condeno a la demandada Sociedad Azucarera Larios, SA a que otorgue escritura elevado a público el contrato privado de compraventa celebrado el día 19 de septiembre cde 1970 entre la entidad demandada Sociedad Azucarera Larios SA como parte vendedora y doña Isabel, casada con don Blas como compradora, con relación a la parcela anteriormente descrita a favor de la demandante y en beneficio de la sociedad de gananciales existente en su día entre la misma y don Blas. Así como consecuentemente, con las anteriores declaraciones, debo condenar y condeno a los demandados a estar y pasar por las mismas, y al pago de las costas procesales».

- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 15 de junio de 2000 estimando los recursos de apelación interpuestos por don Juan Antonio y doña Montserrat y por don Blas, y revocando íntegramente la misma se acordó la desestimación de la demanda.

- Doña Isabel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La *quaestio iuris* debe partir de la acción ejercitada por la demandante, doña Isabel, que es la de nulidad (o inexistencia) de un contrato de compraventa que se había celebrado en escritura pública por la sociedad Azucarera Larios, SA como vendedora y don Juan Antonio y doña Montserrat como compradores, todos ellos demandados, por simulación absoluta y *fin ilícito* y, asimismo, la ineficacia del contrato celebrado verbalmente por don Blas, también codemandado, como vendedor a los mismos compradores, por haberse llevado a efecto sin el consentimiento de la esposa de este vendedor, la demandante doña Isabel.

La sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, rechazó la simulación, recondujo la acción a la de anulabilidad por disposición del marido de un bien ganancial sin consentimiento *uxoris* y ésta se hallaba prescrita.

Las dos acciones que se plantean son, pues, la de nulidad por simulación del contrato de compraventa en escritura pública y no hay tal simulación, pues la sentencia de instancia no ha recogido como base fáctica probada los elementos de hecho que la sustentan ni aparece, efectivamente, que no hubiera consentimiento, objeto o causa. Distinto es el tema de la venta de cosa ajena, si constara que la finca ya había sido adquirida, con título y modo, por doña Isabel para su sociedad de gananciales formada con su marido, entonces, el codemandado, don Blas. Distinto también es el tema que, existiendo el documento privado anterior, para soslayarlo, se falsifique un documento de cesión de derechos de ésta a favor de los compradores, pues esto afecta a las relaciones internas de los miembros de la comunidad de gananciales, pero no a los adquirentes de buena fe.

La segunda de las acciones es la de anulabilidad por falta de poder de disposición del marido sin consentimiento *uxoris* de un bien ganancial. Tal disposición requiere el consentimiento de ambos cónyuges (artículo 1377 del Código Civil) y si falta el de uno de ellos, el acto es anulable (artículo 1322) con el plazo de caducidad de cuatro años (artículo 1301). Plazo que, en el presente caso, como consta en autos y así lo declara la sentencia de instancia, ha transcurrido sobradamente.

El motivo primero del recurso de casación que ha interpuesto la demandante, doña Isabel, se basa, como todos los demás, en el número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alega la infracción de los artículos 1261, 1275 y 1276 del Código Civil y de la jurisprudencia. En el desarrollo del motivo se hace hincapié en la versión fáctica, no discutida, cuya calificación jurídica discrepa de la sentencia recurrida.

Hubo dos contratos cuya nulidad se peticiona en sendas acciones. Habiendo anteriormente comprado en documento privado doña Isabel la finca,

sin que conste que llegara a adquirir la propiedad, para sí y para su comunidad de gananciales que formaba con su esposo, el codemandado, don Blas, éste, años después, la vende en contrato verbal al matrimonio también codemandado y cobra el precio y la escritura pública la debe otorgar la que era todavía titular registral, también codemandada, la Sociedad Azucarera Larios SA. Es decir, ésta aparece como vendedora aparente, como en el caso frecuente de contrato anterior previendo que la otra parte será una persona a designar, teniendo en cuenta que en aquel documento privado se estipulaba que se otorgaría la escritura cuando se abonara la totalidad del precio.

En definitiva, los contratos cuya nulidad se postula son válidos: concurre el consentimiento de vendedor y comprador, aunque siendo la finca ganancial, caso de que la comunidad ganancial hubiese llegado a adquirir la propiedad por título y modo, faltaba el consentimiento *uxoris* y si no hubiese llegado a adquirirla, ni siquiera tendría legitimación para el ejercicio de estas acciones y, mucho menos, para la acción reivindicatoria que se halla en el suplico de la demanda, como derivada de las anteriores acciones de nulidad.

La demandante y ahora recurrente en casación no ha probado el presupuesto básico de la acción reivindicatoria, que es el dominio adquirido por título y modo, pues ni consta la entrega de la posesión, ni siquiera el pago total del precio, que le hubiera permitido otorgar escritura pública. Y no aparece en modo alguno la nulidad, sino la anulabilidad, del contrato verbal de compraventa y tampoco la falta de los elementos en la otorgada en escritura pública.

Por ello, el motivo se desestima y se desestima también el siguiente, que depende del primero. Alega infracción del artículo 1301 del Código Civil porque al ser nulos los contratos no se les aplica el plazo de cuatro años que impone dicha norma para la caducidad. Pero ya se ha dicho que no es así: no hay nulidad, hubo anulabilidad y el plazo ha transcurrido con mucho exceso.

El motivo tercero del recurso de casación decae inevitablemente pues mantiene que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria con respecto a los adquirentes de buena fe no se aplica pues el contrato por el que adquirieron es nulo y el artículo 33 de la misma ley no sana de los actos nulos ni siquiera frente al tercero hipotecario. Pero si partimos, como se desprende de la sentencia de instancia y de los fundamentos anteriores, que no hay nulidad, los contratos son válidos y eficaces y ni siquiera es preciso entrar en aplicación de aquel artículo 34 y, desde luego, el 33 no se aplica.

Lo mismo ocurre con el motivo cuarto, que alega la interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1276 del Código Civil acerca de la simulación, que no tiene plazo de prescripción. Se ha dicho y repetido que no hubo simulación, que los contratos discutidos son válidos y eficaces y por tanto, no tiene sentido, desde este punto de vista, el motivo.

SUCESIONES

La donación de inmuebles ha de formalizarse en escritura pública como requisito *ad solemnitatem* y, por tanto, la donación que aparentemente se efectuó en un documento privado carece de toda validez, no pudiendo obligarse a los herederos a transmitir la finca objeto de aquélla.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

En el mes de octubre de 1993, don Héctor, esposo y padre de doña Flor, doña María Ángeles y doña Gema manifestó a don Hugo, don Emilio y doña María José su deseo de que unas determinadas fincas, heredadas de un pariente común, pasasen a formar parte del patrimonio de ellos; a tal efecto acudieron a una notaría de El Prat de Llobregat, en donde les fue preparado un documento, con

fecha 26 de octubre de 1993, por el que don Héctor cedía, a título gratuito, a don Hugo, don Emilio y doña María José, la mitad indivisa de cuatro fincas, aceptando aquéllos, con la condición impuesta por el donante de que satisficieran los gastos e impuestos que se originasen como consecuencia de la transmisión; el citado documento está formado por dos folios mecanografiados, con papel de timbre del Estado, suscritos por los interesados en el margen izquierdo del primer folio y al final del último. Don Héctor falleció el día 31 de diciembre de 1996 sin haber elevado a público el documento referido de 1993, y sin que las herederas, hayan aceptado dicha formalización a pesar de habérseles ofrecido una determinada suma por los gastos que por todos los conceptos se causaren a la herencia de don Héctor.

⊙ Don Hugo, don Emilio, y doña María José interpusieron demanda de menor cuantía contra doña Flor, doña María Ángeles y doña Gema solicitando que «se dicte sentencia ordenando que las demandadas otorguen escritura pública de donación en favor de mis mandantes y por partes iguales entre ellos de las mitades indivisas sobre las cuatro fincas reseñadas en el apartado letra B)-1 del documento señalado de número uno y reseñado sus datos registrales en el hecho 2.º de la demanda. 2. Se declare la nulidad de la escritura o escrituras de manifestaciones de la herencia de don Héctor otorgadas por las demandadas; 3. Se declare la nulidad de todos cuantos asientos haya producido o pueda producir la mencionada escritura pública de aceptación de herencia en el Registro de la Propiedad en que figuran inscritas las fincas descritas en el hecho 2.º de esta demanda y, en consecuencia, la cancelación de dichos asientos; 4. Se condene a las demandadas, en caso de pérdida o imposibilidad de recuperar mis mandantes su parte en las cuatro repetidas fincas a indemnizar a mis principales en los daños y perjuicios que cause tal pérdida, cuyo importe se terminará (*sic*) en período de ejecución de sentencia, tomando como base del cálculo el valor de la finca o fincas al tiempo en que se haya producido su pérdida».

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de doña Flor, doña María Ángeles y doña Gema se contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que: «se dicte sentencia en su día por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a esta parte de los pedimentos que en aquella se contienen, y condenando expresamente a la parte actora a satisfacer las costas del presente procedimiento».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los el Prat de Llobregat dictó Sentencia el 30 de octubre de 1999 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 17.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por los actores.

⊙ Don Hugo, don Emilio y doña María José interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los demandados contestaron a la demanda, oponiéndose a la misma al sustentar que es anormal que se acudiera a una notaría y no se otorgase escritura pública de donación, desconociendo los demandados la existencia del documento privado, no habiendo hecho referencia el causante, don Héctor, al citado documento en el testamento que hizo el día 17 de septiembre de 1996, y sin que los demandantes hayan instado durante el tiempo que medió hasta el fallecimiento de don Héctor, tres años, la elevación del mismo a escritura pública, añadiendo que, en el momento en que se redactó el

documento privado, don Héctor sufría graves problemas depresivos que viciaron su consentimiento; y, concluyendo, que el documento privado es nulo por no haberse otorgado en escritura pública. Subsidiariamente, alegan los demandados que la presunta donación tampoco podría ser eficaz, a tenor de lo dispuesto en los artículos 619 a 622 del Código Civil, al haber incumplido los supuestos donatarios el modo o condición impuestos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, al considerar que tratándose de una donación de bienes inmuebles para su validez se debería haber formalizado en escritura pública, sin que la realizada en documento privado pueda nacer a la vida del derecho y surtir efectos; debiendo, además, la aceptación del donatario constar también en escritura pública efectuada en vida del donante.

La Audiencia Provincial, desestimó el recurso interpuesto por la representación procesal de la parte actora, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia al considerar que el contrato celebrado, y denominado «cesión» en el propio documento, es una donación, pues hace una atribución patrimonial con ánimo de liberalidad, sin otra contraprestación que los gastos correspondientes a las mitades indivisas donadas y la prohibición de disolución de la comunidad durante siete años, por lo que necesariamente su constitución ha de plasmarse en escritura pública como requisito *ad solemnitatem,* frente a la norma general espiritualista del sistema contractual en el que la forma escrita se exige únicamente como requisito *ad probationem,* y, dejando a un lado el debate sobre el alcance de la donación obligacional o la validez o no de la promesa de donar, concluyó que no resulta cuestionable ni por la doctrina ni por la jurisprudencia la imposición de la forma *ad solemnitatem* en las donaciones de inmuebles.

El Único motivo del recurso bajo el amparo del artículo 1692.3.º (en realidad se ampara en el número 4) de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera que se han infringido los artículos 1091, 1225, 1279 y 1261 del Código Civil.

Del desarrollo del motivo se desprende que el planteamiento del mismo se basa en que el documento de donación, supuso el nacimiento de una obligación entre las partes que lo suscribieron y sus herederos, al constituirse una donación obligacional y sin desconocer el contenido del artículo 633 del Código Civil, entiende la parte recurrente, que se ha producido la infracción de los artículos citados en que solemnemente se establecen los principios de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad de las partes, concluyendo el motivo que «choca contra cualquier lógica de que la simple firma de un Notario, sea más importante que la voluntad libre y solemne de los otorgantes de un documento privado».

Pues bien, en primer término debe significarse que el motivo adolece de una defectuosa técnica casacional, consistente en recoger en el enunciado varios preceptos de contenido heterogéneo que impiden dar una respuesta coherente, aparte de mezclar temas relativos a la prueba (artículo 1225 de Código Civil) con otros de fondo. Por otro lado, es doctrina de esta Sala, emitida «sin fisuras», en palabras de la Sentencia de 31 de julio de 1999, que la donación de bienes inmuebles supone una excepción al principio general de libertad de forma, siendo la «necesidad de plasmación de la donación en escritura pública un requisito *ad solemnitatem* o sea especial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código Civil, concretamente en su artículo 633 y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, absolutamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito *ad probationem*» (Sentencia de 31 de julio de 1999); señalando taxativamente la Sentencia de 25 de enero de 2007 que «una donación de inmueble sin escritura pública es inexistente por falta de un requisito esencial», requisito este que es aplicable a cualquier tipo de donación, como remarcó la Sentencia de 23 de octubre de 1995, con cita de las de 22 de octubre de 1986, 10 de diciembre de 1987, 24 de junio y 3 de diciembre de 1988, 16 de febrero de 1990 y 24 de septiembre de 1991 «de suerte que de no cumplirse ese requisito formal de la escritura pública queda el negocio jurídico casacional inválido incluso entre las mismas partes y cualquiera que fuese su clase, bien simple, modal, remuneratoria u onerosa»; siendo la exigencia formal, en palabras de las Sentencias de 5 de noviembre de 1996 y 26 de mayo de 1992, la que a su vez cita a las de 9 de julio de 1984, 15 de octubre de 1985, 14 de mayo de 1987, «de aplicación preferente sobre las disposiciones generales de los contratos siendo una excepción a la teoría general que atribuye eficacia al consentimiento en cualquier forma»; no siendo posible, dice la sentencia de 3 de marzo de 1995, que otorgada una donación de inmueble en documento privado, se pueda exigir su elevación a escritura pública; sin que pueda alegarse como infringido el artículo 1279 del Código Civil, pues como señala la Sentencia de 19 de junio de 1999 «el precepto que aquí invoca la recurrente como supuestamente infringido carece en absoluto de aplicación al caso aquí debatido, ya que dicho precepto presupone para su aplicación que se trate de un contrato válidamente celebrado, lo que no concurre en el presente supuesto litigioso, ya que una donación de bienes inmuebles hecha por documento privado (que es el caso aquí

contemplado) carece en absoluto de validez, al ser requisito esencial de la misma (*ad solemnitatem*) que se haya originariamente instrumentado en escritura pública (artículo 633 del Código Civil) lo que aquí no ha ocurrido».

En cualquier caso, y con mayor alcance interpretativo, debe citarse la reciente Sentencia del Pleno de esta Sala núm. 1394/2006, de 11 de enero de 2007, recurso núm. 5281/1999, que marca una línea a seguir, en el sentido antes indicado.

SUCESIONES

Los hechos probados revelan la absoluta falta de voluntad de la enferma anciana para tomar decisiones de cualquier clase, tanto en el orden personal, como familiar o social, y nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos en un momento de su vida indudablemente confuso y penoso. Por tanto, procede declarar la nulidad del testamento otorgado por ella ante Notario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Mónica, nacida el día seis de marzo de mil novecientos ocho, el veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y siete padecía graves enfermedades físicas y deterioro psíquico, manifestado por confusión mental, que afectaba a su capacidad intelectiva y volitiva, en su falta de discernimiento de la realidad, incapaz para tomar decisiones importantes en la organización de su vida y de su patrimonio, y, más en concreto, era incapaz de reflexionar y decidir sobre el destino de su patrimonio, ni de ordenar su sucesión hereditaria, como tampoco respecto a actos importantes de nombramiento de administradores o albaceas, ante la absoluta ausencia de inteligencia y voluntad sobre estas cuestiones.

⊙ En años anteriores, doña Mónica, después de haber otorgado un testamento el once de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, no manifestó su intención de disponer de su patrimonio por acto *mortis causa,* ni a favor de sus sobrinos carnales (actores en el proceso civil, con los que había mantenido discrepancias por otras cuestiones sucesorias), ni respecto de lejanos parientes o servidores (que integran los designados en el testamento discutido, y como demandados), y cuando, en todo caso, antes de perder sus facultades mentales, muy bien hubiera podido otorgar testamento, si lo consideraba oportuno, sin moverse de la localidad de su residencia en Las Cabezas de San Juan (Sevilla).

⊙ El día veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y siete, sufriendo las graves enfermedades físicas y psíquicas mencionadas, sin voluntad propia, y la sola decisión (pero sin autoridad, ni facultades para acordarlo) de ciertas personas de su entorno, parientes lejanos o sirvientes –instituidos herederos en el testamento–, fue trasladada en una camilla, y por una ambulancia, desde su localidad a la Clínica Santa Isabel de Sevilla.

⊙ El día tres de marzo de mil novecientos ochenta y siete se presentó en una Notaría de Sevilla, una persona desconocida del Notario, al que impartió instrucciones al objeto de redactar el testamento de doña Mónica, a través de persona no autorizada, que no presentó minuta manuscrita por la enferma.

⊙ El día cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y siete, el Letrado don Luis María, ejerciente en Sevilla, del que no consta adecuada, ni especial relación de amistad, confianza, o profesional con doña Mónica, atribuyéndose la importante calidad de «albacea de la señora», acompañó al Notario a la Clínica (en razón a estar interesado en el testamento y estarlo, ahora, en el proceso, y personado en la habitación de la Clínica donde yacía la enferma, dio lectura a un documento sobre acto *mortis causa*, donde se reseña como fecha de nacimiento de Mónica, la del «8 de febrero de 1908» que también figura en su DNI pero que no es la de la partida de nacimiento el 6 de marzo de 1908, siendo testigo el mismo albacea, sin que su contenido se corresponda a la supuesta voluntad de doña Mónica, ni a sus instrucciones verbales, directas y personales al Notario.

⊙ Aun suponiendo la lectura del documento, doña Mónica no comprendió nada, a pesar de extender el trazado vacilante y automático de una firma que «corresponde a una persona de avanzada edad, fatigada y de escasa energía vital», el Notario, no cumplió escrupulosamente la normativa imperativa regulada por los artículos 142 y 147 del vigente Reglamento Notarial de 8 de junio de 1984.

⊙ Don José Ángel, don Ricardo y doña Guadalupe interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra don Emilio, doña Elsa, don Benedicto, don Juan Pablo, doña Leonor, don Luis María, solicitando que se dictase sentencia por la que declare la nulidad del testamento otorgado por doña Mónica el día 4 de marzo de 1987 ante Notario por incapacidad de la testadora para su otorgamiento y con violencia, dolo o fraude en el otorgamiento del mismo, o por cualquiera de las dos causas, con cuantas consecuencias legales se derivan de dicha declaración, condenando a los demandados a estar y pasar por ellas y al pago de las costas, por ser de justicia.

⊙ Los demandados contestaron a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda base de estas actuaciones, absolviéndoles de los pedimentos en la misma contenida y declarando en consecuencia que no procede decretar la nulidad del testamento otorgado por doña Mónica el día 4 de marzo de 1987, condenando a los actores a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas pues todo ello es de justicia.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Utrera dictó Sentencia el 16 de diciembre de 1994 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 8 de mayo de 2000 estimando el recurso y en consecuencia la demanda declaró la nulidad del testamento que figura como otorgado por doña Mónica, el día 4 de marzo de 1987.

⊙ Don Emilio, doña Elsa, doña Rosario, don Benedicto, don Juan Pablo interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Señaló la Audiencia Provincial que el testamento otorgado no reunía requisito alguno de veracidad, legalidad y eficacia jurídica, y que el día cuatro de marzo, doña Mónica carecía de facultades mentales para hacerlo dada la falta de capacidad, por ausencia de facultades mentales «para reflexionar y decidir sobre el destino de su patrimonio, ni de ordenar su sucesión hereditaria, como tampoco respecto a actos importantes de nombramiento de administradores o albaceas, ante la absoluta de ausencia de inteligencia y voluntad sobre estas cuestiones». En su vista estimó el recurso de apelación interpuesto por los actores, y, acogiendo la demanda promovida, declaró la nulidad del testamento por incapacidad de la testadora con aplicación del número segundo del artículo 663 del Código Civil y del artículo 666, en relación con el artículo 1261.1 del mismo Texto.

Recurren la sentencia tanto los herederos de doña Mónica, como don Luis María, en su calidad de Albacea, y como quiera que el segundo motivo del recurso de esta parte, amparado en el núm. 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refiere a la recusación de los tres miembros de la Sala que fallaron el recurso de apelación, que se planteó en su momento y desestimó la Excma. Sala Especial de recusaciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Ceuta y Melilla, mediante resolución de fecha 11 de abril de 2000, es pertinente examinarlo previamente en atención a las consecuencias que produciría su eventual estimación, conforme a lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El motivo se desestima no sólo porque se está invocando una causa nueva, como es la 6 del artículo 219 LOPJ, por un hecho que no se produjo como es la denuncia de la Sala a una de las partes cuando la única actuación en este sentido fue poner en conocimiento de la Fiscalía una determinada conducta por si pudiera ser constitutiva de infracción, sino porque la enemistad manifiesta del Tribunal con una de ellas, además de ser una mera y rechazable conjetura, fue rechazada por extemporánea al haberse planteado después de comenzada la vista del pleito, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 193 de la LEC que establece que en ningún caso podrá hacerse recusación después de haber sido citadas las partes para sentencia en primera instancia, ni después de comenzada la vista en el pleito o en el Tribunal Supremo.

En el tercero de la misma parte refiere una supuesta infracción del artículo 24.2 CE por haberse vulnerado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley al haberse modificado la composición de la Sala que debía conocer y fallar el recurso de apelación. Los cambios de los Magistrados que componen los Tribunales, designados conforme a la normativa legal, que no constituyan plantilla de la Sala, han de ser notificados a las partes –se hará saber, dice el artículo 202 de la Ley Orgánica del Poder Judicial– por lo que se aprecia falta de diligencia y atención en el Tribunal que no cumple dicha obligación, que el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza incluso a llevarla a cabo de forma verbal antes de darse principio a la vista.

Ahora bien, con referencia a la cuestión planteada, la doctrina mayoritaria y mantenida por esta Sala, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, ha establecido que el cambio de Magistrado sólo tiene incidencia material si el nuevo Magistrado incurre en concreta causa de recusación y la inobservancia del deber de poner en conocimiento de los litigantes la composición de la Sala, incluso del Ponente, se presenta como irregularidad que no comporta en sí misma lesión del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, pues el defecto procesal cometido ha de tener una incidencia material concreta, que solamente ocurre con consiguiente relevancia constitucional, cuando a la denuncia sobre la composición de la Sala se acompaña manifestación expresa de la parte de la eventual concurrencia de una causa de recusación que pudiera afectar a dicho Magistrado. Y es evidente que, los tres magistrados que conocieron del recurso, integran la plantilla la Sección en cuestión, y, en cualquier caso, ninguna causa de recusación del Magistrado que intervino se ha alegado, por lo que el motivo ha de ser rechazado.

El mismo recurrente introduce al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ diversas cuestiones dispares, también de solución preferente, puesto que se refiere a la falta de parcialidad de los integrantes de la Sala por su colaboración «activa y decisivamente» en el nombramiento por una de las partes de un perito de su elección; a la denuncia interpuesta contra el recurrente por un presunto delito de coacciones y amenazas a los peritos designados para mejor proveer; a la precipitación con que la Sala dictó sentencia, que no sólo no esperó a que el Juzgado de Instrucción se pronunciara sobre la admisión o no de la querella, sino que lo hizo sin acabar el proceso, y, finalmente, a diversas circunstancias, como la expresada en la sentencia de haber puesto en conocimiento del Excmo. Presidente del Tribunal Superior de Justicia lo acontecido en el proceso «retraso sufrido en el rollo de apelación», por si procediera ponerlo en conocimiento del CGPJ y del Colegio de Abogados de Sevilla; la que refleja un proveído de 3 de julio de 2000, remitiéndole con carácter reservado una comunicación sobre las circunstancias del proceso, y, la que resulta de la violación del principio de igualdad de las partes en el proceso y de la admisión de pruebas en segunda instancia.

El motivo resulta absolutamente improcedente e inadmisible. La ausencia de imparcialidad debe evitarse por los cauces de la abstención y de la recusación, en virtud de alguna de las causas previstas en la Ley, y el derecho a formular recusación es un remedio procesal en principio útil para garantizar el derecho a un juez imparcial, desplazando del conocimiento del proceso a aquellos Jueces o Magistrados cuya imparcialidad suscite recelo (STC de 19 de diciembre de 2003, y las que en ella se citan); recusación que fue actuada y denegada con el añadido de una multa por la manifiesta mala fe y la utilización espúria de su derecho por parte del recusante. Pero es que, además: a) ningún dato acredita la veracidad de lo que se manifiesta; b) tuvo el recurrente la posibilidad de intervenir en la prueba que cuestiona, sin incidencia, por otra

parte, en la sentencia, y c) entra dentro de las facultades del Tribunal dirigir las comunicaciones que parezcan convenientes para el mejor funcionamiento de los Tribunales y de quienes intervienen ante ellos, cuando advierten alguna irregularidad. Es precisamente el carácter procesal de las resoluciones dictadas lo que impide que tales actos, entre otros motivos, puedan dar lugar a la recusación, ya que el simple hecho de haberlas dictado, aunque contradigan las pretensiones de las partes, en modo alguno permiten deducir animadversión u hostilidad hacia alguna de ellas.

Se denuncia en el sexto de don Luis María vulneración de lo dispuesto en el número 2 del artículo 10 de la LOPJ por cuanto uno de los apelados interpuso una querella por falso testimonio contra los peritos, «presuntamente cometido al faltar ambos a la verdad en los respectivos informes periciales» sin que la Sala suspendiera el procedimiento. El motivo carece, como los anteriores, de fundamento alguno. En primer lugar, el artículo 10.2 exige para paralizar el procedimiento la existencia de una cuestión prejudicial y que ésta condicione de forma determinante la resolución civil, y es evidente, porque así resulta de la sentencia recurrida, que la falta de capacidad de la testadora aparece avalada por otras pruebas y, en concreto, la pericial del Sr. Daniel (la otra no se menciona), siendo una más de las que conforman la motivación del fallo.

Los cinco primeros motivos del primero de los recursos, así como el cuarto y el quinto del segundo, vienen a denunciar infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, en ambos casos con indefensión. Lo que se cuestiona, en breve síntesis, es que la Sala acordó para mejor proveer unas pruebas supliendo «la actuación fraudulenta de las partes»; que se practicó una prueba de informes, sin darse los supuestos previstos en el artículo 631 de la LEC; que no se les dio traslado para formular las alegaciones que previene el artículo 342 de la misma Ley y que no se tramitó un incidente de nulidad de actuaciones contra las pruebas médicas practicadas para mejor proveer, al no haber sido éstas ejecutadas de conformidad con lo acordado por la Sala, ni haber examinado la documentación que expresamente ordenó la Sala.

Todos ellos se analizan conjuntamente para desestimarlos. El artículo 630 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza al Juez, cuando lo crea necesario, hacer uso de la facultad que le concede el artículo 340.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual los Jueces y Tribunales podrán acordar para mejor proveer practicar cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho, precepto que ha sido interpretado reiteradamente por esta Sala en el sentido de que las diligencias para mejor proveer pertenecen al ámbito de facultades del juzgador de instancia, y conforman, al tiempo, una excepción al principio dispositivo y de aportación de parte que rige en el proceso civil, cuyo ejercicio o falta de ejercicio aparece excluida de recurso alguno y por tanto también del de casación (SSTS de 3 de diciembre de 2001; 10 de mayo de 2005; 27 de abril de 2006). En lo que aquí interesa supone que fue correcta la decisión del Juez de acordar las diligencias en lo relativo a la práctica de la prueba pericial y otra de informes, dirigidas ambas a acreditar la falta de capacidad de la testadora y a formar su propia convicción al respecto, puesto que ya, de una forma o de otra, venía reclamada en la instancia y fue admitida como prueba en la apelación. La prueba se realizó de forma procesalmente correcta pues una cosa son las intenciones que, a juicio de la recurrente, subyacen el la petición y otra distinta que se dejaran sin cumplimentar las previsiones legales en orden a la insaculación o que se emitiera un informe, sin darse los supuestos previstos en el artículo 631 de la Ley, cuando este informe es silenciado en la sentencia, y la prueba pericial no ha sido tenida en cuenta de modo aislado, sino a través de una valoración y de un análisis cuidadoso de las demás practicadas en el pleito, y, en cualquier caso, previa valoración de toda la documentación obrante en autos que el perito consideró de interés y más objetiva.

Hubo, además, contradicción y debate sobre la prueba practicada que tiene su origen en la que fue interesada en la primera instancia, y aceptada en apelación, cumplimentándose la regla del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual el resultado de las diligencias para mejor proveer se han de poner de manifiesto a las partes para que aleguen por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia, puesto que en relación a la prueba de informes se dio el traslado de forma expresa mediante providencia de fecha 30 de diciembre de 1999, y respecto del informe del perito Sr. Daniel, se acordó con fecha 26 de enero de 2000 la entrega de la diligencia a cada uno de los Letrados a los efectos legales pertinentes; todo ello con antelación a dictarse la sentencia el día 8 de mayo siguiente.

Pero es que, además, para apreciar la infracción del artículo 1692.3 debe haberse producido indefensión, y es evidente que no se trata aquí de la denegación de ninguna prueba, sino de la admisión de una que los recurrentes consideran extemporánea, sin que sea posible equiparar un supuesto de admisión de pruebas a los casos en que se priva a una de las partes de sus posibilidades probatorias, mediante la negación de alguno de los medios que el derecho autoriza. Ello sin desconocer que la doctrina de esta Sala ha venido manteniendo la

necesidad de hacer un uso ponderado de las diligencias para mejor proveer, de modo que su ejercicio sea conforme a la función o finalidad que le es propia, de que el órgano jurisdiccional adquiera un conocimiento exacto de aquellos hechos que, sirviendo para fundamentar el fallo, se estime que han quedado confusos o poco determinados por las pruebas aportadas por las partes y que es necesario esclarecer en forma adecuada para dictar la sentencia procedente; debiendo evitarse su utilización como mecanismo para suplir la negligencia o pasividad de los litigantes (STS de 25 de noviembre de 2002, y las que en ella se citan), y es evidente que esta pasividad no puede predicarse en quien, desde la instancia, trató de buscar en la pericia o en los informes un medio idóneo para acreditar la pretensión formulada, por lo que al margen de aspectos meramente formales en su solicitud, lo que en ningún caso ha producido indefensión a quienes participaron en la prueba y pudieron complementar de forma distinta los medios probatorios de su interés.

Finalmente, por lo que al incidente de nulidad se refiere, las normas invocadas (artículos 340, en relación con el artículo 341, ambos de la LEC, y artículos 238 y 240 de la LOPJ), nada tienen que ver con las alegaciones que se contienen en el motivo, ni se indica por la recurrente qué números, apartados o causas de entre las previstas en estos dos últimos artículos entiende han sido infringidas por la sentencia de apelación, lo mismo que sucede con el artículo 340 de la LEC, y lo que realmente pretenden es que la Sala valore de nuevo la prueba pericial, lo que no es posible, y que se tenga en cuenta lo que resulta del informe que, «al detectar las citadas anomalías», solicitó del Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, expresiva de una situación contraria sobre la capacidad de la testadora, lo que resulta absolutamente inaudito e inadmisible. Lo cierto es que, como señaló la Audiencia, «la petición de nulidad y el incidente promovido en la fase probatoria, como diligencias para mejor proveer, infringe la norma del artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desde luego no determina la aplicación de los artículos 238 y 240 de la LOP (redactado el apartado de dicho último precepto por la Ley de 4 de diciembre de 1997), que, si se lee correctamente, se refiere a la nulidad de actuaciones por defectos de forma que hubieran causado indefensión. Y una diligencia de prueba no está incluida en esa amplia categoría de actuaciones procesales y menos cuando se practica conforme a lo acordado por el Tribunal».

En el motivo sexto del primer recurso se denuncia bajo el ordinal 4 del artículo 1692 LEC infracción de los artículos 1281 y 1283 del CC, sobre interpretación de los contratos, ya que la Sala ha valorado erróneamente los dos documentos fundamentales, de los que el Tribunal deduce que doña Mónica se encontraba en situación de minusvalía psíquica desde su ingreso en la clínica hasta su fallecimiento (carta diagnóstico e historia clínica). La misma denuncia se formula en el motivo séptimo del segundo recurso, esta vez por infracción del párrafo 1 del artículo 1281. Ninguno de ellos puede ser estimado por cuanto confunden un tema de interpretación contractual con un problema de índole probatoria, que esta Sala tiene separados (STS de 24 de noviembre de 2006, y las que se citan), desde la idea de que como problema de interpretación contractual lo que somete a la consideración de la Sala es un aspecto relativo a la capacidad de doña Mónica en el momento de otorgar testamento a través de un análisis del verdadero contenido alcance de los citados documentos privados cuya resolución en la instancia se efectuó desde la perspectiva de la valoración probatoria conjunta de todos los medios de prueba que consideró de interés y lo que realmente interesa, más allá de una correcta o incorrecta interpretación, es que se alteren los hechos que sirvieron de base a la Sala para llegar a una conclusión distinta, y es evidente que no ha sido atacado este resultado probatorio mediante las vías legales oportunas sino acudiendo a la normas sobre la interpretación de los contratos, que no son normas de prueba. Pero es que, además, la carta del Dr. Salvador dice lo que señala la sentencia, es decir, que doña Mónica ha presentado «en varias ocasiones» estados de desorientación temporoespacial con pérdida de memoria, «posiblemente por episodios isquémicos vascular cerebral», y si bien ha respondido al tratamiento con citicolina y piracetam (la carta es de fecha 28 de febrero de 1987, día de su ingreso), esto no significa que hubiese superado total o parcialmente esas deficiencias de conducta o que no se iban a volver a repetir unos nuevos episodios, teniendo en cuenta la forma en que se produjo el ingreso y se materializó su última voluntad. Lo mismo ocurre con la historia clínica en la que el hecho de que no aparezcan datos expresos referidos a un bajo nivel de conciencia, no supone que no los hubiera. Estamos, en suma, ante intento de desvirtuar o desarticular por medios probatorios aislados una valoración de conjunto realizada en la instancia.

En el motivo octavo del recurso de don Luis María se vuelve a cuestionar los citados documentos, esta vez a partir de la infracción de la doctrina jurisprudencial que cita y que nada tiene que ver con los hechos objetos a debate, sino con el error en la valoración de la prueba y con la doctrina reiterada de que esta valoración corresponde al tribunal de apelación y debe mantenerse salvo

que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia, máxime cuando las consideraciones del tribunal sentenciador sobre los documentos en cuestión nada tienen de arbitrarias, sino que guardan relación a su vez con la valoración de las demás pruebas e incluso con el curso de los acontecimientos en una materia en la que es la suma de toda una suerte de datos la que se analiza y se somete a proceso valorativo por ser material probatorio obrante en el pleito y los que a la postre llevaron a la convicción del Tribunal la situación personal de la testadora, más allá de lo que el recurrente pretende manifestar a través del recurso. Todo ello con independencia de que el desarrollo del motivo se hace al amparo de diversas sentencias de esta Sala, que no hacen sino mantener una doctrina ya reiterada que aplica en función de los hechos litigiosos que en cada momento juzga, lo que implica o puede implicar soluciones distintas.

El motivo séptimo y el noveno de ambos recursos, pretenden combatir la valoración de la prueba pericial realizada por el tribunal de instancia, mediante la cita de los artículos 1242, 1243 del CC y 632 de la LEC, ya que la valoración que hace la sentencia del informe pericial del Dr. Daniel es tachada de ilógica, arbitraria y no razonable.

La valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico, contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTS de 21 de julio de 2006; 9 de marzo de 2007), que es lo que aquí sucede. Y es que, a partir de una descalificación global del informe emitido por el Sr. Daniel le acusa de «falta de rigor científico»), se viene a cuestionar que doña Mónica tenía capacidad plena en el momento de su ingreso, que lo fue por una apendicitis crónica, y que no hay ninguna referencia a que la misma estuviera confusa, desorientada u obnubilada. Con tales argumentos lo que se pretende por los recurrentes es convencer a este Tribunal del error en la apreciación de esta prueba por parte del de apelación, sin tener en cuenta que la prueba que se impugna tiene evidente naturaleza complementaria de las demás obrantes en autos, con independencia de su valor para fundamentar el fallo, y como tal no ha sido tenida en cuenta de modo aislado, y su resultado no puede ser desvirtuado por la eficacia contraria de alguno de los elementos que integraban el conjunto.

La Sala de Instancia funda su fallo no sólo en la apreciación negativa de la única pericia que estima digna de considerarse (el informe del Sr. Casimiro no lo tiene en cuenta), sino en otra suerte de datos que se inician el día veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y siete, cuando, sufriendo las graves enfermedades físicas y psíquicas que la sentencia menciona, «sin voluntad propia, y la sola decisión (pero sin autoridad, ni facultades para acordarlo) de ciertas personas de su entorno, parientes lejanos o sirvientes, –instituidos herederos en el testamento–,» es trasladada en una camilla, y por una ambulancia, desde su localidad a una Clínica de Sevilla, y que se concretan en pruebas tales como la «carta-diagnóstico» del Dr. don Salvador al Dr. Carlos María; en el hecho de que la testadora no manifestara su intención de disponer de su patrimonio por actos *mortis causa,* ni a favor de sus sobrinos carnales (actores) ni respecto de lejanos parientes o servidores (demandados); en la testifical del conductor de la ambulancia y de la sirvienta; en el historial clínico de fecha cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y siete y siguientes; en el tratamiento de urgencia y concreta referencia a «enferma desorientada, obnubilada»; en el Informe Pericial Psiquiátrico Judicial, nombrado por insaculación, y en las aclaraciones posteriores, en cuanto examinó y valoró, en el orden científico, cuantos datos consideró necesarios, así como todos los antecedentes clínicos de la enferma; en los errores inexcusables contenidos en el testamento; en el Informe de la Policía Científica expresivo de que la firma extendida en el testamento «corresponde a una persona de avanzada edad, fatigada y de escasa energía vital», y en el nombramiento, en suma, del ahora recurrente y Letrado ejerciente en Sevilla, Sr. Luis María, como contador partidor y albacea, cuando no consta adecuada, ni especial relación de amistad, confianza, o profesional con doña Mónica, junto con la prueba de confesión de esta parte y «la pretendida ignorancia del Letrado, absolviendo posiciones, sobre cuestiones de doña Mónica y los sucesos de su enfermedad, y si era albacea *in pectore,* negar que buscó al Notario y le entregó la nota para redactar el testamento». En este contexto, la prueba que se cuestiona viene a corroborar toda una suerte de datos que se desarrollan fuera de lo que no es normal o habitual en esta suerte de negocios jurídicos, cuidando de precisar la sentencia de instancia las anormalidades concurrentes sobre su estado en el momento en que ordena su testamento, de cuya apreciación global le permite concluir que «carecía de facultades mentales para tomar decisiones de cualquier clase, en el orden personal, o familiar, o social, y nunca, desde luego,

para otorgar libremente negocios jurídicos, ni prestar su consentimiento, en un acto tan importante cual es el testamento. Sin que a ello sea óbice el juicio de capacidad del Notario y de los testigos instrumentales para realizar tal acto jurídico, a quienes el Código les obliga a procurar asegurarse de la capacidad mental del testador por lo que su juicio favorable únicamente crea una presunción de capacidad que puede destruirse mediante prueba en contrario, como con reiteración ha declarado esta Sala (SSTS de 12 de mayo de 1998; 31 de marzo de 2004, entre otras).

Esta valoración global de la prueba no es contraria a lo dispuesto en el artículo 24 CC, como se dice en motivo octavo del primer recurso, ni supone que la sentencia carece del «más mínimo proceso deductivo» para aceptar sus conclusiones o para mantener que acreditan la incapacidad, puesto que resulta patente que ni se ha producido vulneración alguna de los derechos fundamentales de quien lo formula, que ha obtenido un pronunciamiento que no se fundamenta en una mínima actividad probatoria sino a partir de la prueba practicada en los extremos que a la Sala de instancia le parecieron de interés, descartando unos y aceptando otras de forma expresa, y no conforme a los datos que a la parte podían haberle interesado, desde la idea de que esta valoración corresponde exclusivamente al Juzgador y ha servido, de un lado, para sentar las apreciaciones fácticas de interés a la solución del conflicto y, de otro, para que la parte pudiera impugnar los medios de prueba que le parecieron convenientes como resultado de reflejar de forma clara y evidente el proceso lógico-jurídico que condujo a una decisión judicial comprensible y fundada en derecho, y ajena por supuesto a todo asomo de arbitrariedad.

La desestimación de los anteriores motivos lleva aparejada la del noveno y décimo, también de los dos recursos, en que se denuncia la infracción por violación de los artículos 663.2 y 1261.1 del CC, en relación ambos con el artículo 666 del mismo cuerpo legal, conforme a la doctrina jurisprudencial que cita, puesto que los hechos enjuiciados no son subsumibles en el ámbito de los primeros preceptos, ya que, en absoluto, se ha acreditado que la testadora no se hallaba habitual o accidentalmente en su cabal juicio cuando otorgó testamento. En primer lugar, vuelve a insistir una vez más en modificar los hechos declarados probados en la sentencia para tratar de convencer a la Sala que doña Mónica se hallaba en su cabal juicio. No es el recurso de casación una tercera instancia donde esta Sala pueda valorar nuevamente la prueba, según su reiterada jurisprudencial, para llegar a una solución contraria. La apreciación de la capacidad del testador es una mera cuestión de hecho, sometida por modo exclusivo a la Sala de instancia, como también lo es la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, bien sola o armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción, como hizo. En segundo, el principio de capacidad que establece el artículo 662, tiene como una de sus excepciones la del núm. 2 del artículo 663, en que se incapacita para otorgarlo al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, disponiendo el artículo 666 que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento, y es evidente que el Tribunal de instancia interpretó tales disposiciones, así como la doctrina legal que los desarrolla, en el recto sentido derivado de sus propios términos, atendiendo no sólo a su estado los días anteriores, sino al tiempo del otorgamiento de la declaración de última voluntad, el mismo que se mantuvo hasta la fecha de su fallecimiento unos días después, durante el cual la enferma careció de entendimiento y comunicación y, en definitiva, de la conciencia que le hubiera permitido comprender la importancia y las consecuencias de las propias acciones.

La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. Ahora bien, la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 CC, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982). Y es indudable que esta voluntad no puede ser atrapada en un documento notarial en un momento de la vida de una persona que ni desea dejar patente su última voluntad ni podía expresarla de forma consciente y libre. Los hechos probados son en este aspecto evidentes en cuanto revelan la absoluta falta de voluntad de la enferma anciana para tomar decisiones de cualquier clase, tanto en el orden personal, como familiar o social, y nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos en un momento de su vida indudablemente confuso y penoso.

PENAL

La Jurisprudencia de esta Sala, para la validez de la declaración de la víctima, ha exigido –sin ánimo exclusivo ni excluyente– requisitos tales como: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, con exclusión esencialmente de todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza; b) verosimilitud, en cuanto que todas las corroboraciones periféricas abonen por la realidad del hecho, y c) persistencia y firmeza del testimonio. Análisis del maltrato habitual y no habitual.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Monterde Ferrer

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Roberto, mayor de edad con antecedentes penales susceptibles de cancelación mantuvo una relación de convivencia *more uxorio* en el domicilio sito en Ermua, con María Inés, relación que se prolongó durante once años, fruto de la cual tienen en común un hijo de once años en la actualidad llamado Luis, y que finalizó el día 30 de junio de 2005 cuando la mencionada María Inés formuló denuncia en comisaría.

⊙ La relación entre los miembros de la pareja comenzó a deteriorarse coincidiendo con la circunstancia del nacimiento del hijo. En ese momento el acusado, menoscabando la paz y la convivencia familiar, comenzó a agredir de forma reiterada a su compañera de forma psicológica, mediante insultos, menosprecios, amenazas, aislamiento social y familiar y también física, particularmente con golpes con las manos y con los pies o tirones de pelo, siendo igualmente objeto la denunciante de agresiones sexuales que le eran impuestas en contra de su voluntad por la fuerza, consiguiendo el acusado penetrarla en todas estas ocasiones por el mecanismo de inmovilizarle los brazos y las piernas, propinando frecuentemente durante estos incidentes diversos golpes a la denunciante. Varios de estos episodios de violencia física y psíquica fueron presenciados por el menor Luis.

⊙ La asiduidad de estos hechos fue mayor durante el año 2005 hasta que se formuló la denuncia, agravándose todavía más en el último mes y medio, habiéndose podido determinar y concretar los siguientes: a) en junio de 1997 se produjo la primera agresión sexual, encontrándose ambos en la cocina de la vivienda familiar, donde el acusado dio a su compañera sentimental tres tortazos por negarse a mantener relaciones sexuales y cuando ella le contestó «qué te pasa que ya me has dado tres tortazos», él le dijo «tres no, cuatro» y la volvió a pegar un tortazo, tras el cual, con ánimo libidinoso, la agarró fuertemente con las manos en los hombros, y con las piernas encima de las piernas de ella, inmovilizándola, la penetró vaginalmente; b) el día 19 de marzo de 2004, como María Inés se negó a mantener relaciones sexuales, el acusado le dio un tortazo que provocó que ésta se quemara con el cigarro que estaba fumando y a continuación le golpeó la cara, lo que provocó que ésta se golpeara la cabeza en la pared; c) hacia finales de mayo o principios de junio de 2005 se produjo una nueva imposición de relaciones sexuales por parte del acusado; d) el día 26 o 27 de junio de 2005, la denunciante volvió a ser nuevamente obligada a mantener relaciones sexuales por el mismo procedimiento.

⊙ Como consecuencia de la agresividad física, psíquica y sexual ejercida por el acusado contra María Inés, presenta ésta un trastorno adaptativo mixto, que necesita para su curación de tratamiento médico psiquiátrico. El hijo común Luis, a consecuencia de haber presenciado dichas conductas, muestra clínica de la esfera ansiosa y depresiva.

- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Durango dictó auto el día 1 de julio de 2005 acordando Orden de Protección a favor de María Inés, prohibiendo al acusado residir en Ermua, acercarse a la referida a menos de 300 metros y suspender el régimen de visitas con el hijo, durante la tramitación de la causa, así como acordar su prisión provisional.

- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Durango incoó sumario con el núm. 2/2005, en cuya causa la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, tras celebrar juicio oral y público, dictó Sentencia el 8 de noviembre de 2006, condenando a Roberto, como autor penalmente responsable de un delito de maltrato habitual, de un delito de maltrato no habitual, de un delito continuado de agresión sexual y de un delito de lesiones psíquicas.

- Roberto interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo que le absolvió del delito de malos tratos no habituales.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, se basa el recurso de casación en infracción de precepto constitucional y del artículo 24.2 CE, por quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. A pesar de su enunciado el motivo se ciñe a la presunción de inocencia, entendiendo que la única prueba en que se basa la sentencia consiste en la declaración de la víctima, la cual considera insuficiente para desvirtuar la presunción. Realmente, el motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS de 12 de febrero de 1992); o como ha declarado el TC (S 44/1989, de 20 de febrero) «por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales». De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS de 21 de junio de 1998), conforme al artículo 741 de la LECr., no correspondiendo al Tribunal de casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia (SSTC 126/1986, de 22 de octubre y 25/2003, de 10 de febrero). Por tanto, desde la perspectiva constitucional, el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 LECrim., implica que los distintos medios de prueba han de ser apreciados básicamente por los órganos judiciales, a quienes compete la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de los fallos contenidos en sus sentencias.

Como señala la STS núm. 987/2003, de siete de julio, «la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, b) constitucionalmente obtenida, c) legalmente practicada y d) racionalmente valorada.

Pero ello no supone suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con inmediación, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada y directa del Tribunal sentenciador».

Con respecto a la declaración de la víctima, debe recordarse, como hace la STS núm. 409/2004, de 24 de marzo, la oportuna reflexión de esta Sala (STS de 24 de noviembre de 1987, núm. 104/2002, de 29 de enero y 2035/2002, de 4 de diciembre) de que «nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad».

Por ello es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS 434/1999, 486/1999, 862/2000, 104/2002, 470/2003, entre otras; así como del Tribunal Constitucional, SSTC 201/1989, 160/1990, 229/1991, 64/1994, 16/2000, entre otras muchas).

No obstante, con objeto de conjurar los peligros que podría conllevar para el esclarecimiento de la verdad una prueba exclusivamente asentada en la declaración de la víctima, la Jurisprudencia de esta Sala, para la validez de dicha prueba, ha exigido –sin ánimo exclusivo ni excluyente– requisitos tales como: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, con exclusión esencialmente de todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza; b) verosimilitud, en cuanto que todas las corroboraciones periféricas abonen por la realidad del hecho, y c) persistencia y firmeza del testimonio.

Con esta base, y contando con su percepción directa en el Juicio Oral, para el Tribunal provincial el testimonio de María María Inés es fiable y coherente.

Así, la Sala de instancia, tras citar con acierto la doctrina de esta Sala sobre los requisitos que debe reunir el testimonio de la víctima y las cautelas que deben rodearlo, en su fundamento de derecho segundo, apartado 5, razona del siguiente modo: «No pudiéndose pensar seriamente, en consecuencia, en ninguna causa de enemistad o de venganza espuria que pudiera interferir en la valoración de la declaración de la víctima, surge de modo natural y lógico, como opción alternativa a la anterior la de estimar que los hechos se mantienen a lo largo del procedimiento porque son ciertos, actuándose en el derecho legítimo a su persecución. Más esto no puede ser así aceptado sin más. Junto a la credibilidad subjetiva es necesaria la concurrencia de la credibilidad objetiva, de condiciones objetivas nacidas del análisis de los términos en los que se vierte la declaración en conjunto con el resto de la prueba. A esto se refieren dos parámetros de manejo usual en la doctrina de los tribunales en la valoración de la declaración de la víctima, la persistencia en la incriminación y la existencia de corroboraciones periféricas.

La primera tiene que ver con el modo en el que surge la voluntad de poner en conocimiento de las autoridades policiales o judiciales los hechos y también con la forma en la que dicha voluntad es mantenida a lo largo del proceso.

De todo lo anteriormente razonado se desprende una evidente solidez intrínseca del testimonio desde que surge en el momento inicial de la denuncia hasta que se reproduce en el juicio oral.

Resta por efectuar alguna reflexión sobre o que inevitablemente ha sido igualmente objeto de debate en el juicio oral, como es la tardanza en la interposición de la denuncia.

Cierto es, en primer lugar, que el tiempo en que tarda la víctima en reaccionar acudiendo a la autoridad policial o judicial forma parte de las circunstancias ordinarias de valoración en relación con su conducta próxima a los hechos. La Sala no duda de que el testimonio de quien acude a la autoridad judicial denunciando hechos que se remontan a varios años antes ha de ser valorado con especial precaución. Sin embargo, no se pueden establecer en esta cuestión criterios apriorísticos.

En hechos de la naturaleza del que nos ocupa, pesan en la decisión de la víctima sobre si acudir o no a la policía o al Juzgado de Guardia factores que no son de tan difícil comprensión. Lo señala la experiencia y, por ejemplo, el conocimiento público y notorio de significativas estadísticas de agresiones semejantes no denunciadas. Dependiendo de las circunstancias pueden admitirse lapsos de tiempo más o menos largos y se tienen ciertamente experiencias judiciales de denuncias al cabo de varios años de agresiones físicas y también sexuales de gravedad, incluso continuadas, que posteriormente se han visto confirmadas en modo de sentencias condenatorias.

La denunciante ha ofrecido en el juicio oral al respecto explicaciones sobradamente convincentes y razonables. Se ha referido a situaciones de vergüenza y de temor a las consecuencias y ha admitido que en ningún momento se enfrentó a la realidad hasta que ya no podía soportarla y, en el modo igualmente coherente que hemos visto, decidió exteriorizarla con todas sus consecuencias.

El segundo de los parámetros señalados, la verosimilitud objetiva a la que se refiere la doctrina del Tribunal Supremo, hace referencia a la constatación de la existencia de elementos de juicio de carácter periférico que señalen y confluyan hacia una producción de los hechos tal como la víctima los cuenta. Se trata de que no sólo el relato de la denunciante sea intrínsecamente consistente, sino que, además, aparezca acompañado de prueba periférica relevante.

Ya se ha reiterado que en este apartado se echa de menos una mayor aportación de datos, no sólo la declaración de las personas que han sido señaladas sino también, por ejemplo, la constancia objetiva de unas lesiones que pudieran haber reflejado unos partes médicos que no existen precisamente por el hecho de la ocultación de los hechos por parte de la denunciante. En cualquier caso, la inexistencia de estos datos no puede ser interpretada como una circunstancia de incredibilidad objetiva de las manifestaciones de la víctima en torno al maltrato y a las agresiones sexuales de las que fue objeto, impidiendo únicamente el establecimiento espaciotemporal de numerosos incidentes que relata y que no pueden ser recogidos en la declaración de hechos probados, a excepción, lógicamente, de los que aparecen en la misma y que han sido objeto de especial atención en la valoración de las manifesta-

ciones de la denunciante en cuanto en relación con ellos existe una concreción suficiente».

Y el Tribunal *a quo,* cita, además, como elementos de corroboración periférica que: «Por un lado, los informes médico forenses confirman aspectos importantes del relato de la víctima. En la exploración de ésta que se efectuó, aparecen las mismas cuestiones que se señalan en su declaración, en perfecta coherencia.

En segundo lugar, el informe relativo a la víctima ha de ser valorado en cuanto elemento consistente de constatación del daño psíquico infligido como consecuencia de la situación soportada a lo largo de varios años. El daño, por lo tanto, existe, y se acomoda igualmente al relato de la víctima.

Leemos así en el informe que durante la exploración psicológica la paciente «muestra un elevado nivel de ansiedad y estado de ánimo con tinte depresivo», sintomatología que se estima «compatible con las conductas denunciadas» y con la referencia a lo largo del examen de un maltrato físico, psicológico y sexual.

El informe relativo a la denunciante ofrece especial relevancia para acreditar, conjuntamente con la declaración de aquella relativa a la conducta del acusado con las que están en estrecha relación causal, las lesiones psíquicas o mentales por las que también se formula acusación. Se concluye en que la clínica de la paciente «reúne criterios diagnósticos de un trastorno adaptativo mixto», igualmente en relación causal con las conductas objeto de imputación y que precisa tratamiento médico psicológico para su curación.

Tampoco puede desdeñarse, finalmente, la relevancia de las conclusiones médico-forenses relativas al hijo de la pareja, conclusiones que se dividen en iguales parcelas. Por un lado, se refiere a los facultativos una «serie de conductas violentas ejercidas por el padre sobre la madre»; por otro, el menor muestra una clínica ansioso-depresiva que reúne criterios de causalidad con las conductas denunciadas».

Además de ello, la Sala de instancia tuvo en cuenta la declaración del acusado prestada ante el Juez de Instrucción y con asistencia letrada (fs. 33 a 35), siendo elocuentes, según la sentencia recurrida, tanto en lo que se refiere al núcleo de la imputación, como en cuanto a detalles concordantes con la declaración de la víctima relativos a la situación general de convivencia de la pareja, aunque en la declaración indagatoria (fs. 105, 106) matizara lo dicho y en la misma Vista del juicio oral se limitara a negar los hechos, retractándose «sin ninguna explicación consistente que pueda llevar a invalidar el valor probatorio de la declaración instructora señalada», tal como precisa el Tribunal.

Esta Sala (SSTS de 27 de septiembre de 2003, núm. 1253/2003; de 14 de noviembre de 2005; núm. 830/2006, de 21 de julio; 927/2006, de 4 de octubre) ha reconocido el valor de las declaraciones autoinculpatorias del acusado producidas en un momento anterior, a pesar de las evasivas o silencio posterior guardado por el mismo, pudiéndoles atribuir valor probatorio en el contexto de los restantes elementos de prueba existentes en la causa.

Así pues, en contra de lo alegado –como revela el examen de las actuaciones y del acta de la Vista–, el Tribunal dispuso de válida y eficaz prueba susceptible de sustentar el cargo. El recurrente en realidad pretende que se efectúe una distinta valoración de la prueba que la realizada, lógica y racionalmente, por el Tribunal de instancia, conforme a las facultades que constitucional y legalmente le estaban encomendadas.

Consecuentemente el motivo ha de ser desestimado.

Finalmente, se aduce como motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., la aplicación indebida de los artículos 178 y 179 CP e inaplicación del artículo 181 CP, y la aplicación indebida de los artículos 173 y 153 así como el 147 del CP, en este último caso dada la pena aplicada.

1. Para el recurrente no consta, en primer lugar, que existiera en los hechos probados violencia o intimidación, ni penetración más que en una ocasión, la contemplada en el hecho 4.º, de modo que el resto de los hechos, donde sólo se habla de imposiciones u obligaciones de mantener relaciones sexuales, tan sólo podrían comprenderse en el tipo de abusos sexuales del artículo 181 CP.

Sin embargo de lo alegado, el *factum* efectúa una descripción de los hechos acontecidos donde claramente aparecen las situaciones de violencia propias del delito continuado de agresión sexual con penetración, por el que ha sido castigado el recurrente. Así, en el párrafo segundo de la relación de hechos probados, además del relato que luego se realiza, se destaca que «... siendo igualmente objeto la denunciante de agresiones sexuales que le eran impuestas en contra de su voluntad por la fuerza, consiguiendo el acusado penetrarla en todas estas ocasiones por el mecanismo de inmovilizarle los brazos y las piernas, propinando frecuentemente durante estos incidentes diversos golpes a la denunciante».

Por ello este aspecto del motivo debe ser desestimado.

2. En segundo lugar, aunque no llega a establecer un desarrollo claro de la cuestión, la referencia que efectúa el recurrente a los artículos 173 y 153 CP, lleva a pensar que el *error iuris* que denuncia ha de encontrarse en la subsunción de los hechos

en las figuras de maltrato habitual y, a la vez, en la de maltrato no habitual, no quedando absorbida la última en la primera.

Realmente, el artículo 173 CP en el inciso *in fine,* del párrafo primero, de su número 2, incluye la claúsula concursal, excluyendo la infracción del principio *non bis in idem,* cuando dice que las penas que prevé se impondrán «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica».

Y al respecto, ha dicho esta Sala (SSTS núm. 1356/2001, de 9 de julio; 701/2003, de 16 de mayo; 645/2004, de 14 de mayo) que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, y que la necesidad legal de penar separada y cumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia no suponen una infracción del principio *non bis in idem.*

Precisándose en otras ocasiones (SSTS 927/2000, de 24 de junio; 20/2002, de 22 de enero) que la violencia física o psíquica habitual a que se refiere el artículo 173 es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y, especialmente, la integridad moral de las víctimas. Y en modo alguno puede considerarse que el delito de violencia doméstica absorba las lesiones psíquicas sufridas por la víctima, consistentes en trastorno de adaptación que tiene su causa en la situación de conflicto y maltrato psicológico causado por el recurrente y que mantiene su propia sustantividad con independencia de los concretos actos o conducta de agresión física o psíquica.

Sin embargo de ello, en su fundamento jurídico cuarto (f. 19) la sentencia recurrida viene a reputar constitutivo del delito previsto en el artículo 153 CP, los hechos consistentes (párrafo cuarto f. 4) en que: «el día 19 de marzo de 2004 como María Inés se negó a mantener relaciones sexuales, el acusado le dio un tortazo que provocó que ésta se quemara con el cigarro que estaba fumando y a continuación le golpeó la cara lo que provocó que ésta se golpeara con la pared».

Pues bien, difícilmente lo descrito es merecedor del tratamiento penal proporcionado, dado que el *factum* describe que: «el acusado menoscabando la paz y la convivencia familiar, comenzó a agredir de forma reiterada a su compañera de forma psicológica, mediante insultos, menosprecios, amenazas, aislamiento social y familiar y también física, particularmente con golpes con las manos y con los pies o tirones de pelo, siendo igualmente la denunciante objeto de agresiones sexuales que le eran impuestas en contra de su voluntad por la fuerza...». Ello supone que la sentencia de instancia ha incluido dotándole de una entidad penal singular, lo que no es sino un episodio más de esa agresión psicofísica sistemática y reiterada llevada a cabo por el acusado, entre las agresiones sexuales y la violencia empleada para conseguirlas en contra de la voluntad de la víctima. La única diferencia entre el supuesto violento examinado y los demás descritos, consistente en que no fue –según el relato– seguido de penetración vaginal, no es suficiente para dotarlo de entidad delictiva propia, tanto más en cuanto que careció de consecuencias sanitarias apreciables.

En consecuencia, la condena por el delito previsto en el artículo 153 CP ha de considerarse no procedente.

3. Sostiene, también, el recurrente, en cuanto al delito de lesiones del artículo 147.1 CP, que no se impone la pena mínima de seis meses de prisión, a pesar de que el fundamento quinto de la sentencia dice que se impone la pena en su «duración mínima, no apreciándose especiales circunstancias que aconsejen exceder el mínimo legal y atendiendo igualmente a la notoria importancia de la suma total de las penas impuestas».

Y, ciertamente, la pena de prisión legalmente prevista para las lesiones del artículo 147.1 CP se extiende entre un mínimo de 6 meses y un máximo de 3 años, correspondiendo la impuesta, de 1 año, a su mitad inferior que abarca desde los citados 6 meses hasta 1 año y 9 meses. Ello supone que el Tribunal de instancia ha debido tener presente la regla 6.ª del artículo 66 del CP que prescribe que «cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho».

Por tanto, como repetidamente ha señalado esta Sala (cfr. STS de 2 de junio de 2004, núm. 7, 37/2004) la individualización ha de realizarse teniendo en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia. Norma que es la aplicación a esta cuestión del deber genérico de motivación impuesto a los jueces y tribunales por el artículo 120.3 CE. Y este deber de razonar en la sentencia sobre la pena concreta que se impone adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argu-

mentación alguna al respecto o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, en estos casos es este Tribunal de casación quien tiene el deber de suplir este defecto procesal con sus propios razonamientos.

Por ello, cabe concluir que en el caso, no sólo no se explica cuáles son las razones para separarse el Tribunal del mínimo legal, sino que incurre en flagrante contradicción con su propia argumentación, la cual se refería expresamente a la duración mínima, por no apreciarse «especiales circunstancias que aconsejen exceder el mínimo legal y atendiendo igualmente a la notoria importancia de la suma total de las penas impuestas».

Siendo así, este aspecto del motivo ha de ser estimado.

PENAL

Se absuelve a la esposa, casada en régimen de separación de bienes, del delito de apropiación indebida por la que venía acusada por llevarse una parte del mobiliario ya que no hubo ánimo apropiatorio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Martín Pallín

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En sentencia de 31 de julio de 2003, en autos de Separación contenciosa núm. 213/2003, se atribuyó a doña Edurne, la guarda y custodia de los hijos, así como el uso y disfrute de la vivienda familiar situada en Santander.

⊙ En Sentencia de 16 de mayo de 2005 dictada en autos de Divorcio núm. 1320/2005 se aprobó el Convenio Regulador donde se atribuye a don Jesús Ángel la guarda y custodia de los hijos, así como el uso y disfrute de la vivienda familiar, debiendo ponerla doña Edurne a disposición de éstos en el plazo de un mes contado desde la fecha de encabezamiento de este convenio.

⊙ Días previos a la sentencia de divorcio doña Edurne, sacó del domicilio conyugal, sin el consentimiento de su esposo los siguientes muebles: Un sofá Roche Bobois, valorado en 5.000 euros. Una mesa centro de cristal, Totem valorada en 2.800 euros. Una alfombra de la Sala de estar, peritada en 2.000 euros. Y un sillón reclinable Chaise Longue, peritado en 3.000 euros.

⊙ Se había acordado en capitulaciones matrimoniales otorgadas en escritura de 2 de agosto de 1988 que el matrimonio se regía por el régimen económico de separación de bienes.

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Santander, instruyó Procedimiento abreviado con el núm. 26/2006, contra Edurne y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Santander, Sec. 3.ª que, con fecha 20 de diciembre de 2006, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a doña Edurne, como autora de un delito de apropiación indebida sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a seis meses de prisión, privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y a que abone a don Jesús Ángel la suma de 12.800 euros, con aplicación del artículo 576 LECr, así como pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular».

⊙ Doña Edurne presentó recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien absolvió a la misma del delito por la que venía condenada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Utilizando una metodología adecuada, la parte recurrente, suscita una serie de cuestiones que tienen, como denominador común, canalizarse por la vía del error de hecho en la apreciación de la prueba. Por lo que las analizaremos conjuntamente.

El motivo primero se basa en la existencia de documentos confeccionados por el mismo denunciante que acreditan el error del juzgador. Se trata de los folios 1 a 9 de las actuaciones en los que aquél consigna una relación detallada de los muebles y objetos que, según él, son privativos de cada uno de los cónyuges y de los objetos comunes. Entre ellos se encuentra la *chaisse longue* que se incluye en el hecho probado, solicitando que sea excluida del mismo a los efectos de la responsabilidad civil. No se puede compartir la tesis impugnativa del Ministerio Fiscal basada en que la querella no es documento. Lo que se esgrime como documento no es el contenido jurídico de la querella, cuyos requisitos se contienen en el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se refieren a los hechos con una relación circunstanciada de los mismos y expresión de las diligencias que deban practicarse. Es evidente que los folios o documentos que acompañan a la querella para reforzar las pretensiones que se esgrimen no son la querella y tienen un evidente carácter documental. En todo caso, desde el punto de vista penal la cuestión es irrelevante y desde el punto de vista civil el debate se puede resolver en ejecución de sentencia.

El motivo segundo se apoya en las facturas de la casa de muebles que vendió el sofá y el resto de los objetos que se reseñan como apropiados por la recurrente. Añade, como complemento, las matrices de los talonarios con los que se pagó el sofá. En realidad lo que se cuestiona es que se haya decidido la validez de los hechos a través de indicios existiendo prueba directa. Las manifestaciones de la acusada afirmando que todo lo pagaba su ex marido, son una mera corroboración de lo que éste decía siempre, sin ninguna base documental y cierta que así lo demuestre. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal las facturas están a nombre del querellante, ahora bien ello no quiere decir ni justifica, por sí mismo, que la adquisición no fuese conjunta. Precisamente la imprecisión derivada de las matrices de los talones abren una duda que no puede esgrimirse, en el proceso penal, en contra del reo.

El Tribunal acude a criterios de credibilidad de las manifestaciones, en un tema en el que la documentación juega un papel preponderante. No se discute el contenido del acta notarial que acredita la ausencia del mobiliario. La acusada reconoce que se llevó estos efectos si bien matiza que creían que eran de su propiedad. Tampoco se discute que el régimen económico-matrimonial era el de separación de bienes y que el convenio regulador definitivo, atribuía el uso y disfrute de la vivienda familiar al esposo e hijos del matrimonio.

Todo ello deja en la incógnita un requisito sustancial del delito de apropiación indebida como es el elemento subjetivo integrador del conocimiento que la cosa era ajena y el propósito de incorporarla a su patrimonio.

Además, falta un elemento objetivo tan sustancial como el haber recibido previamente la cosa de aquel que se la entrega en virtud de una relación de confianza y después se burla de ésta incorporándola al patrimonio propio sin ostentar ninguna titularidad sobre la misma.

La posesión era compartida y no se ha producido un ánimo subjetivo típico de la apropiación indebida de cosas ajenas que se reciben en depósito, comisión o administración. Si nos atenemos al contenido del hecho probado se puede observar que la sentencia se pronuncia, de forma radical, en favor de la inequívoca titularidad del los bienes por parte del marido. De forma coherente con esta conclusión, la conducta de la acusada debió ser calificada como un hurto ya que se apodera de cosa que no le pertenece. En el caso de que surgiera alguna duda sobre la titularidad podría construirse un delito de desobediencia a la decisión judicial por la que se aprueba el Convenio regulador y entrega el uso y disfrute al querellante y sus hijos. No podemos entrar en estas cuestiones por impedirlo el principio acusatorio.

PENAL

Se dan los presupuestos integrantes del delito de quebrantamiento aunque la víctima hubiese perdonado al esposo y ambos hubiesen reanudado, de común acuerdo, la convivencia, ya que una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aun contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Maza Martín

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Daniel mantuvo una relación de convivencia sentimental con Alicia desde el año 2004.

⊙ A consecuencia de diversos altercados con ella, fue condenado en sentencia dictada en juicio de faltas por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Navalmoral de la Mata el 3 de enero de 2005 como autor de una falta de amenazas, imponiéndosele la pena de prohibición de acercarse a Alicia a una distancia inferior a 200 metros, y de comunicarse con ella, por un período de cinco meses que comprendía desde el 12 de enero de 2005 hasta el 12 de junio de 2005.

⊙ No obstante la imposición de aquella pena, ambos reanudaron su convivencia al haberle perdonado Alicia lo ocurrido en aquel incidente.

⊙ Tanto Daniel como Alicia salieron por la noche, por separado y, tras haber consumido alcohol en cantidad no determinada, se encontraron en el domicilio común alrededor de las 4,00 horas del 26 de mayo de 2005. Alicia, en aquella situación, decidió marcharse y llenó de ropa una maleta, pero Daniel no quería que se fuera por lo que primero intentó convencerla para que se quedara y, al no conseguirlo, la cogió por la fuerza y la arrastró hacia el dormitorio. Una vez allí decidió acabar con su vida para lo que separó con fuerza sus mandíbulas e introdujo en su boca una cantidad no determinada de fármacos de la familia de las benzodiacepinas y a continuación rodeó su cuello con una cuerda que apretó con el fin de estrangularla hasta que Alicia perdió el conocimiento. En ese estado de inconsciencia el procesado, con ánimo lascivo, desnudó a Alicia y mantuvo con ella una relación sexual por vía vaginal. Alicia no recuperó la conciencia hasta las 17,30 horas de aquel día. Al despertarse prácticamente no podía ver pero se sentía molesta y aturdida a consecuencia de lo que Daniel la había hecho por lo que le pidió que la llevara a un médico a lo que éste se negó argumentando su irregular residencia en España, impidiéndola nuevamente abandonar el domicilio. Al rato llegó una amiga de Alicia (Marcelina) que se marchó asustada el verla en aquel estado. Tras salir, Marcelina se fue a un domicilio próximo en el que residía Rogelio con su entonces esposa, a quienes contó preocupada lo que le pasaba a Alicia y Rogelio, al escuchar lo que Marcelina describió así como los gritos que procedían del domicilio de Daniel, llamó a la Guardia Civil. Al llegar la patrulla y llamar al domicilio Daniel y Alicia se asomaron a la ventana y, si bien primero insistió en que «no pasaba nada», al ver el estado de Alicia subieron y consiguieron que se les franqueara la entrada. Aislaron a Daniel en una de las habitaciones y llamaron al servicio del 112 para atender a la víctima. Alicia sufrió traumatismo laríngeo grado I-II Shaffer, erosión en el cuello y stress agudo, lesiones que precisaron para su curación de tratamiento médico (reposo, oxigenoterapia) habiendo invertido en ella 28 días de los que 8 estuvo hospitalizada, sin que le hayan quedado secuelas.

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Navalmoral de la Mata instruyó Sumario con el núm. 4/2005 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Cáceres que, con fecha 12 de diciembre de 2006 dictó sentencia condenando al acusado Daniel: 1. Como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa ya definido, concurriendo como agravante la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de parentesco, a la pena de ochos años de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de su condena. 2. Como autor responsable de un delito de abuso sexual ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión, también con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de su condena. 3. Como autor responsable de un delito de detención ilegal ya definido, concurriendo como agravante la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de parentesco, a la pena de tres años y un día de prisión, igualmente con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de su condena. 4. Como autor responsable de quebrantamiento de condena ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de multa de veintidós meses, a razón de una cuota día de seis euros, con aplicación de una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de que no sea satisfecha voluntariamente o por vía de apremio de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal. 5. Se le impone, además, por los tres primeros delitos la pena de prohibición de acercarse a menos de trescientos metros a Alicia, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y de establecer con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante el tiempo de cumplimiento de su condena privativa de libertad y durante diez años más a partir de su puesta en libertad definitiva. 6. Asimismo, el acusado indemnizará a Alicia con la cantidad de doce mil euros (12.000€), cantidad que devengará el interés señalado en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⊙ Daniel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los argumentos del recurrente son desmontados uno a uno por el Tribunal Supremo que desestima totalmente el recurso:

– Indebida aplicación del artículo 138 del Código Penal, que describe el delito de Homicidio, y la consiguiente incorrecta inaplicación, tanto del artículo 16.2 de ese mismo Cuerpo legal, al concurrir en la conducta de Daniel el supuesto del «desistimiento activo», como de los artículos 147 y 149, en tanto que contemplan la figura del delito de Lesiones, que considera el Recurso que constituiría la calificación correcta de los hechos enjuiciados. Explica razonadamente la Sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico Segundo y en perfecta sintonía con la narración que le precede, cómo los hechos integran el delito de homicidio, si bien en grado de tentativa, pues la conducta del autor, utilizando un medio tan idóneo para ello como lo es el «estrangulamiento» de la mujer que llegó a perder el sentido, tras la previa administración forzada de una importante cantidad de benzodiacepinas, hubiera sido bastante para alcanzar el resultado letal, resulta reveladora de que lo que realmente se pretendía era causar la muerte, que si inicialmente no llegó a producirse ello no significa ningún desistimiento en el curso de la ejecución de los actos necesarios para el homicidio, toda vez que éstos se concluyeron. El que no se reanudase la agresión hasta conseguir definitivamente el propósito letal, obviamente no puede considerarse una «actividad» que revele el desistimiento.

– Indebida aplicación de los artículos 73 y 163 del Código Penal, en relación con la condena por el delito de detención ilegal, así como a la también indebida en esta ocasión inaplicación del artículo 8 de ese mismo Texto legal, habida cuenta de que, según el recurrente, nos encontraríamos ante un concurso de normas, ya que la privación de libertad

debería de quedar absorbida dentro del atentado contra la vida o integridad física de la víctima, pues el dolo del autor no se refería a la privación de su libertad deambulatoria, sino a la de agredirla, teniendo en cuenta además que la mayor parte del tiempo en el que los hechos transcurren, la mujer estuvo privada de sentido, por lo que no hubiera podido disponer de la referida libertad de movimientos. Es en el Fundamento Jurídico Cuarto en donde explica el Tribunal *a quo* las razones por las que también condena por el delito contra la libertad deambulatoria. Y en él se aprecia el acierto de la Audiencia al referirse a aquella parte de los hechos declarados probados en los que se describe la conducta del recurrente impidiendo a la víctima, por la fuerza y cuando ésta recuperó la conciencia, que se marchara de la casa, declarando literalmente ésta en el Juicio oral que «... no pudo escaparse porque Daniel no la dejaba salir...», ni siquiera para recibir atención médica, como era su intención. Actitud, por tanto, totalmente ajena y posterior al atentado contra la vida ya analizado y, por ende, con su propia entidad típica.

– Cuestiona la aplicación del artículo 468.2 del Código y, por ende, la atribución del delito de quebrantamiento de condena, ya que la víctima había perdonado al recurrente y ambos habían reanudado, de común acuerdo, la convivencia, de modo que el alejamiento previamente acordado carecería ya de fundamento. Se refiere, a este respecto, la propia Resolución de instancia (Fundamento Jurídico Quinto) a la Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2005, que absolvía a un acusado del delito de quebrantamiento de la medida de seguridad de alejamiento por el hecho de que fue la propia víctima la que consintió la aproximación. Aunque resulte cierto igualmente el que *obiter dicta* se hiciera referencia en la misma Resolución también a la pena de similar contenido. Pero como muy bien dicen los Jueces *a quibus,* en perfecta comprensión del significado esencial de nuestra doctrina, una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, que además tiene por objeto, obviamente, una finalidad meramente preventiva, y más aun incluso cuando, además, no diere lugar posteriormente a la producción de ninguno de los ilícitos que precisamente pretendía impedir, y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aun contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aun tan siquiera por la propia víctima, cuando además se propicia, con ese incumplimiento, la comisión de hechos tan graves como los aquí enjuiciados. Recordemos que la referida Sentencia de esta Sala partía del hecho de que «... la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento...». Constituiría, en el presente caso, un verdadero contrasentido el que precisamente la constatada frustración del fin pretendido por la pena precedente, que no era otro que el de la evitación de la ulterior reiteración delictiva, tras resultar desgraciadamente justificada de modo pleno *a posteriori* esa previa imposición, por la comisión de nuevas infracciones, se venga a permitir la impunidad del autor de semejante quebrantamiento.

Por ello no cabe excluir la comisión de este delito que tan acertadamente castiga la Sala de instancia.

– Cuestiona que no se haya valorado la embriaguez, que se dice que sufría el recurrente al tiempo de los hechos enjuiciados, como un supuesto de exención completa de la responsabilidad criminal, por intoxicación plena (artículo 20.2.ª), como una eximente incompleta (artículo 21.1.ª CP) o, al menos, como atenuante simple (artículo 21.2.ª CP). Pero lo cierto es que no se encuentra en el relato fáctico de la recurrida, cuya intangibilidad en este momento ya proclamamos con anterioridad, sustento alguno para la aplicación de las circunstancias excluyentes o atenuatorias de la responsabilidad criminal alegadas, toda vez que la única alusión a la ingesta alcohólica previa por parte de Daniel es la siguiente: «... y tras haber consumido alcohol en cantidad no determinada...» Pretender, por tanto, sobre tan pobre base que no alude en absoluto a los efectos psíquicos de ese consumo, construir siquiera una atenuante simple es tarea abocada incuestionablemente al fracaso.

– Discute la aplicación de la agravante de reincidencia (artículo 22.8.ª CP) al delito de Quebrantamiento de condena, por tratarse ésta de la recaída con motivo de una previa falta de amenazas en el ámbito de la violencia intrafamiliar, mientras que las condenas quebrantadas previamente, y que dieron lugar al antecedente generador de la reincidencia, se referían a penas de privación del permiso de conducir vehículos a motor. Inicialmente, al margen de la correcta descripción de los requisitos para la aplicación de la agravada que se contiene en el relato de hechos probados, parecería, en efecto, carente de toda relación el antecedente utilizado para configurar la reincidencia con los hechos delictivos sobre los que ahora pretende proyectarse la agravante, por la diferente naturaleza entre unas condenas a la privación del permiso de conducir y la de la pena de alejamiento de la víctima. Pero si analizamos detenidamente el precepto regulador de la reincidencia, advertimos cómo la «misma naturaleza» a la que se refiere el artículo 22.8.ª del Código Penal y

que tan amplio desarrollo ha tenido en la doctrina de la esta Sala (STS de 22 de mayo de 2000, entre muchas), no es la que vincula, en el caso del delito de quebrantamiento de condena del 468.2, a las penas objeto de incumplimiento o a las infracciones que dieron origen a aquéllas sino al hecho mismo del incumplimiento de la sanción, que atenta al bien jurídico del respeto que merece todo pronunciamiento judicial firme y que viene descrito en un único precepto (artículo 468.2 CP, cualquiera que fuere la pena incumplida. Por ello, en uno y otro caso, lo importante es que se quebrantó en su día el cumplimiento de una pena, cualquiera que fuere ésta, y ahora, de nuevo, se vuelve a incumplir otra. Por ello no es sólo que el delito antecedente y el actual sean de la misma naturaleza, sino que se trata en realidad de idénticas infracciones, previstas en el mismo precepto penal, consistentes ambas en el quebrantamiento de sendas condenas. De prosperar la tesis del Recurso se llegaría al absurdo de que un quebrantamiento de condena nunca podría constituir antecedente para la aplicación de la reincidencia respecto de otro quebrantamiento si no fueran las mismas las sanciones incumplidas e incluso, más allá, si no guardasen relación las infracciones sucesivamente sancionadas y cuya sanción se incumplió. Exigencias que, en modo alguno, figuran en la norma referida. En resumidas cuentas, quien quebrante una pena impuesta, cuando ya incurrió en otro quebrantamiento anterior y con ello se hizo acreedor de la condena precedente, es reincidente, cualquiera que fuere la naturaleza de las penas quebrantadas, ya que ambos delitos, integrados por el hecho mismo del quebrantamiento, son idénticos en su tipicidad, mecánica comisiva y bien jurídico conculcado. En definitiva, y de acuerdo con todo lo dicho, los motivos han de desestimarse y, con ellos, el Recurso en su integridad.

OTRAS CUESTIONES

El Tribunal Supremo autoriza por primera vez el cambio de nombre y de sexo en el Registro Civil a un transexual no intervenido quirúrgicamente que llevaba reclamando ese derecho desde 2001. La Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en vigor desde marzo de 2007, ya reconoce este derecho, pero la solicitante ha sido la primera persona en beneficiarse de esta ley con carácter retroactivo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penades

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Luis Andrés formuló demanda de juicio ordinario postulando sentencia en la que se declarara que debe rectificarse la inscripción de nacimiento del actor en el Registro Civil, en el sentido de figurar en ella, «en lugar del nombre de Luis Andrés, el de María Rosa, y en vez del sexo varón el de hembra». El actor manifiesta que desde los 7 u 8 años se identifica como niña, y es rechazado por los demás, dado que en el aspecto externo no es como las niñas ni en el interno como los niños, por lo que pasa la infancia en soledad, bajo un rechazo social que aumenta al llegar a la adolescencia. A los 12 años se plantea ya el cambio de sexo, y cuando llega a la madurez (28 años al presentar la demanda) ha decidido asumir completamente su condición femenina, y desde hace cinco años decide ser tratado como mujer, y elige el nombre de «María Rosa», desterrando el que figura en la inscripción. Con la sentencia que postula espera desarrollar su trabajo con respeto y dignidad y que le sea respetada su personalidad.

⊙ El Ministerio Fiscal, al contestar la demanda, se opuso a la declaración interesada «en tanto no queden cumplidamente probados en autos los requisitos legales».

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sant Feliú de Llobregat dictó Sentencia el 3 de septiembre de 2001 desestimando la demanda sin imposición de costas.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 7 de abril de 2003 desestimando la demanda.
- Don Luis Andrés interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que estimó la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del litigio versa sobre una pretensión de cambio de la mención de sexo y de nombre que, formulada antes de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, ha sido denegada sucesivamente en las dos sentencias de instancia, dictadas ambas también antes de que entrara en vigor la mencionada Ley, por razón de no haberse producido la cirugía de reasignación de sexo que hasta la vigencia de la expresada norma se entendía como requisito necesario, al menos en el sentir de la jurisprudencia española, que, por otra parte, se mostraba coherente con la doctrina que cabía extraer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La jurisprudencia de esta Sala, en efecto, había decidido acceder al cambio de sexo, y consiguiente cambio de nombre, en supuestos en los que ya se había producido la cirugía de reasignación, descrita de diversos modos. Así, según se resume en la Sentencia de 6 de septiembre de 2002, la Sentencia de 2 de julio de 1987 indicaba que el postulante «había extirpado y suprimido sus caracteres primarios y secundarios (de varón) y presentaba vagina artificial reconstruida»; la de 15 de julio de 1998 se refería a otro varón cuya apariencia femenina calificaba de completa, por haber suprimido quirúrgicamente los atributos de su sexo genético o cromosómico; la de 3 de marzo de 1989 consideraba relevante que el actor no tenía ni pene ni escroto... y presentaba vagina artificial; la de 19 de abril de 1991 tomaba en consideración que el recurrente se había sometido a operación quirúrgica de vaginoplastia; y la propia Sentencia de 6 de septiembre de 2002 no accede al cambio solicitado (de mujer a varón, en el caso) porque el solicitante «ha llevado a cabo únicamente uno de los tres pasos o gestos quirúrgicos secuenciales del proceso de reasignación sexual según se describen en el Informe elaborado en noviembre de 2001 por el panel de expertos sobre identidad de género que ha coordinado la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo, respondiendo a la moción del Pleno del Senado que instaba al Gobierno a elaborar un protocolo que contemplase actuaciones homogéneas sobre intervención a personas transexuales», ya que no se había llegado, en el caso, ni a la resección del útero y los ovarios, ni a la reconstrucción del pene.

Las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (8 y 31 de enero de 2001) en tema de autorización para el matrimonio por parte de transexuales, desde luego antes de la vigencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, así como la Nota doctrinal de 21 de marzo de 2001, habían de tomar también como referencia los supuestos de transexuales que, para adecuar su sexo biológico y anatómico a su comportamiento sexual psíquico y social «han sufrido una intervención quirúrgica de cirugía transexual y a continuación han obtenido sentencia firme» sobre cambio de sexo.

Cierto es, sin embargo, que algunas decisiones Judiciales, no revisadas por esta Sala, habían ya admitido un cambio de sexo sin llegar a realizarse una cirugía de reasignación, como ocurre en el caso de un cambio de varón a mujer que resolvió la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid en 23 de mayo de 2005, Rollo 13/2005, confirmando una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid núm. 1, de fecha 13 de diciembre de 2004, en Autos de procedimiento ordinario 898/2004, a la que cabe añadir Audiencia Provincial Barcelona, 17 febrero 2004; Audiencia Provincial Cádiz, 20 abril 2005; Audiencia Provincial Madrid, 15 de julio de 2004; Audiencia Provincial Valencia, 30 diciembre 2004, aunque la posición dista de ser unánime (SSAP de Toledo de 10 de abril de 2002, Audiencia Provincial de Baleares de 1 de septiembre de 2006, Audiencia Provincial de Asturias de 30 de septiembre de 2003, Audiencia Provincial de Valencia de 24 de febrero de 2004, etc.)

Esta posición de la Sala era coherente con la que se deduce de las diversas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que, si bien se ha producido un giro importante en la apreciación de que la falta de reconocimiento

del cambio de sexo puede implicar la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950) o Convenio de Roma, a partir de las Sentencias de 11 de junio de 2002 (casos I contra el Reino Unido y Christine Goodwin contra el Reino Unido), se estaba resolviendo sobre transexuales que se habían sometido a cirugía de reasignación, cirugía que, por otra parte, corría, en Inglaterra, a cargo del Servicio Nacional de Salud. La posición del TEDH significa un cambio importante respecto de la doctrina sentada anteriormente en los casos Rees contra el Reino Unido, Sentencia de 17 de octubre de 1986, Cossey contra el Reino Unido, Sentencia de 27 de septiembre de 1990, una doctrina que se había sostenido también en el caso Sheffield y Horsham contra el Reino Unido, Sentencia de 30 de julio de 1997, si bien apuntando que el Estado demandado ya no podía invocar su margen de apreciación para defender su persistente negativa a reconocer jurídicamente el nuevo sexo de los transexuales operados, además de constatar el creciente reconocimiento de los problemas a que deben enfrentarse los transexuales operados, lo que habría de dar lugar a un examen permanente por parte de los Estados, pero aceptando que no era irrazonable la posición del Estado que sostiene que el sexo cerebral de un individuo no constituye determinación esencial del sexo, dado que una operación de cambio de sexo no lleva consigo la adquisición de todos los caracteres biológicos del sexo opuesto. Aunque es cierto que en el caso B. contra Francia, Sentencia de 25 de marzo de 1992, el Tribunal Europeo condenó a dicho Estado por demanda de la Srta. B., un transexual hombre convertido en mujer, porque el Derecho francés, al exigir una revelación constante de su sexo oficial, colocaba constantemente a la solicitante en una situación global incompatible con su respeto a la vida privada (artículo 8 del Convenio de Roma). En la Sentencia de 11 de julio de 2002, caso I. contra el Reino Unido, la demandante (denominada «I») es una transexual operada que pasó del sexo masculino al femenino, y ve en el no reconocimiento de su nueva identidad sexual tras la operación de cambio de sexo una violación de su derecho al respeto de su vida privada, y el Tribunal así lo estima, teniendo en cuenta que la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio (de Roma) y que, en concreto, en el terreno del artículo 8 de dicho Convenio, la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías de dicha norma; la esfera personal de cada individuo está protegida, incluido el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad de ser humano. Establece así una doctrina que también se contiene en otras decisiones, como en los casos Pretty contra el Reino Unido, Sentencia 2346/2002, de 29 de abril de 2002, y Mikulic contra Croacia, Sentencia 53176/1999, de 7 de febrero de 2002. El TEDH se refiere (núm. 72) a la «situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente a un sexo ni a otro» y dice que «no puede durar más». La demandante en el otro caso resuelto en la misma fecha, Christine Goodwin contra el Reino Unido, era también transexual operada, que había pasado del sexo masculino al femenino. Destaca aquí el Tribunal Europeo que no parece lógico que un Estado que autoriza el tratamiento y la intervención quirúrgica que permitan a una persona cambiar de sexo, y hasta financie en todo o en parte tales operaciones, rehúse después reconocer las implicaciones jurídicas resultantes de ello. El Tribunal apunta a un concepto de sexo en el que no son los cromosomas el factor esencial, pero sí se hace necesario que «se realice plenamente la conversión en el sexo que se reclama». Con ello, aplica a continuación la misma doctrina de la otra Sentencia de 11 de julio de 2002. Esa misma doctrina se sostiene en el caso Grant contra el Reino Unido, Sentencia de 23 de mayo de 2006, a demanda de un hombre transformado en mujer transexual que afirma ser víctima de la violación de su derecho al respeto de su vida privada, en contra del artículo 8 del Convenio de Roma, debido a la falta de reconocimiento legal de su cambio de género. El Tribunal constata que se dan en la solicitante las mismas condiciones que en el caso Christine Goodwin, y decide que la negativa a concederle una pensión según los parámetros aplicables a las mujeres de origen biológico constituye una violación del derecho de la demandante al respeto de su vida privada que protege el artículo 8 del Convenio de Roma.

4. También se ocupa de la transexualidad, y sostiene la necesidad de reconocer al transexual (en el caso, operado) el cambio de sexo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de enero de 2004, asunto C-117/2001, cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales), Civil Division, que se refiere a la normativa nacional que deniega a un transexual el derecho a beneficiarse de una pensión de supervivencia reservada al cónyuge supérstite, al exigir el requisito previo del matrimonio, que no se admite en el Estado correspondiente por cuanto la demandante es una mujer que mantiene una relación afectiva y convive con una persona nacida mujer e inscrita como tal en el Registro Civil pero que, a raíz de una operación de cambio de sexo, pasó a ser un hombre, sin poder, no obstante, modificar su partida de nacimiento para inscribir dicho cambio de sexo. El TJCE entiende que el artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al

Convenio de Roma, que impida a una pareja como la del caso cumplir el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro.

La discriminación hacia los transexuales preocupa hace tiempo a los países de nuestro entorno cultural y político. Motivó la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 (DOCE 9 de octubre) y la Recomendación 1117 (29 de septiembre de 1989) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en que se presentaba el transexualismo como un síndrome caracterizado por una personalidad doble, una física y otra psíquica, pues la persona transexual tiene la convicción profunda de pertenecer al otro sexo, lo que la lleva a pedir que su cuerpo sea corregido, y en la que se recomendaba al Comité de Ministros elaborar una recomendación invitando a los Estados a regular la materia mediante un texto legislativo según el cual, en el caso del transexualismo irreversible, pudiera ser rectificada la mención concerniente al sexo en el registro de nacimientos, así como en los documentos de identidad, autorizando el cambio de nombre y debiendo quedar protegida la vida privada, así como quedando prohibidas todas las discriminaciones en el goce de los derechos fundamentales conforme al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre. Esta recomendación ha influido, ciertamente, en las legislaciones de los países miembros, pero hay que decir que algunos de ellos ya se habían adelantado, como ocurre en los casos de Suecia, Alemania, Italia y Holanda. La ley danesa, por otra parte, se produce casi simultáneamente.

La Ley sueca, de 21 de abril de 1972 prevé el cambio jurídico de sexo como consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a este fin, y se fija en la probabilidad de que el cambio tenga continuidad.

La Ley alemana, de 11 de agosto de 1980, impulsada por la decisiva Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 11 de octubre de 1978, exige dictamen médico sobre la irrevocabilidad y que se haya realizado una operación quirúrgica de adaptación sexual. Propone la ley dos soluciones, una grande o pesada (*grosse Lösung*) para los supuestos en que el transexual no esté casado, esté afectado por una incapacidad continua para la procreación y se haya sometido a una intervención quirúrgica que haya modificado sus caracteres sexuales externos, de modo que su apariencia sea la correspondiente al otro sexo. La otra, pequeña o ligera (*kleine Lösung*) no requiere incapacidad de procrear ni intervención quirúrgica, sino petición del interesado, tres años en situación de transexualidad, que la situación sea irreversible, que tenga 25 años cumplidos y que sea alemán, apátrida con residencia habitual o refugiado extranjero domiciliado. Pero sólo la primera de las soluciones implica el tratamiento del transexual, a todos los efectos, como persona del sexo deseado, a partir de la firmeza de la sentencia y sin que ello afecte a las relaciones del transexual con sus padres o hijos. La fórmula ligera se traduce en el cambio de nombre. Pero, en todo caso, cabe un «decisión previa o prejudicial» (*Vorabentscheidung*), con fuerza de cosa juzgada, para el caso de que el transexual pueda obtener el cambio una vez que haya cumplido las condiciones que en el momento no cumple, con lo que el transexual puede vivir menos mal el largo y doloroso período de reasignación de sexo (artículo 9.1). Y cabe también un arrepentimiento (artículo 9.3), con anulación de la decisión, sin más requisitos que el nuevo sentimiento de pertenecer al sexo inicial.

De la citada sentencia del Tribunal Constitucional federal conviene destacar que, a su juicio, la dignidad de la persona, tal y como ésta se concibe a sí misma en su individualidad y se hace consciente de sí misma, y el libre desarrollo de la personalidad, entendido como desarrollo de capacidades y fuerzas, exigen que el estado civil se corresponda, en cuanto al sexo, con la constitución psicofísica de la persona.

La ley italiana de 14 de abril de 1982 núm. 164, que dicta «normas en materia de rectificación de atribución de sexo», de alguna manera completada por la Ley de 6 de marzo de 1987 núm. 74 sobre «nuevas normas sobre la disciplina de los casos de disolución del matrimonio», establece que cabe la rectificación del estado civil en base a una sentencia firme que atribuya a una persona sexo diverso del enunciado en el acta de nacimiento como consecuencia de modificaciones producidas en sus caracteres sexuales. Esta ley exige que se presente demanda de rectificación, y previene que, si resulta necesario un tratamiento médico quirúrgico, para adecuar los caracteres sexuales, lo ha de autorizar el tribunal, en cuyo caso, comprobada la práctica del tratamiento, dispondrá el tribunal la rectificación. La Sentencia no tiene efecto retroactivo y provoca la disolución del matrimonio o la cesación de efectos civiles del matrimonio celebrado bajo rito religioso. La ley (artículo 6) dispone, para el caso de que en el momento de entrar en vigor el actor no se haya sometido al tratamiento médico-quirúrgico de adecuación de sexo, que pueda hacerlo en el plazo de un año.

El Tribunal de Casación promovió cuestión de constitucionalidad sobre diversos preceptos de esta ley, que fue resuelta en sentido negativo (respecto de los artículos 2, 3, 29, 30 y 32 de la Constitución italiana) por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia de 6 de mayo de 1985, en la que se tiene

en cuenta la del Tribunal Constitucional alemán antes indicada, se apunta el problema que afecta al transexual, y consiste en la exigencia fundamental de hacer coincidir el soma con la psique, equilibrio que suele recomponerse a través de la intervención quirúrgica, que consiente al transexual gozar de una situación de, al menos, relativo bienestar. El legislador italiano ha escogido, dice la sentencia, un concepto de identidad sexual nuevo y diverso respecto del pasado, en el sentido de que no sólo se confiere relieve a los órganos genitales externos, comprobados en el momento del nacimiento o naturalmente evolucionados, sino a elementos de carácter psicológico y social, ya que es presupuesto de la norma impugnada la concepción del sexo como dato complejo de la personalidad determinado por un conjunto de factores, cuyo equilibrio debe ser intentado, dando preferencia a los dominantes. Considera el alto tribunal que el orden natural no es desordenado por la rectificación anagráfica del cambio de sexo, ni siquiera por la sentencia que lo reconoce, sino por el síndrome transexual que afecta al sujeto interesado, y que el legislador se limita a establecer la disciplina de los efectos jurídicos de una situación de hecho preexistente.

La ley italiana no exige necesariamente una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, y la jurisprudencia interpreta la norma en el sentido de exigir un dictamen que explique en qué medida ha tenido lugar una adaptación corporal, pero la intervención puede ser indicio de que existe la convicción o el propósito irreversible de pertenecer al otro sexo.

La jurisprudencia francesa, que había sostenido la indisponibilidad del estado civil y el respeto del orden público (Sentencias de la Cass., Ch. civ, 1ère, de 21 de mayo de 1990, con varios precedentes) ha cambiado, después de la Sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1992, antes señalada, a partir de las Sentencias del Tribunal de Casación (Assemblée Plénière de la Cour de Cassation) de 11 de diciembre de 1992 núms. 361 y 362, y ahora admite la modificación del acta de nacimiento después de un cambio de sexo en nombre del respeto debido a la vida privada, a cuyo efecto se exigen varias condiciones: (a) Que el transexual esté afecto por el síndrome, constatado médicamente por un equipo interdiscipinar compuesto por médicos, psiquiatras, psicólogos y endocrinólogos y cirujanos, y adverado judicialmente por pericia judicial; (b) Que haya sufrido una operación de conversión sexual. Un «tratamiento médico-quirúrgico sufrido con finalidad terapéutica y realización previa de operaciones de conversión» (Sentencia de 29 de septiembre de 2004, Cass. Chamb. 1ère); (c) Que el transexual haya adoptado, además de la apariencia física del sexo reivindicado, el comportamiento social que es propio de tal sexo. La acción dirigida a la modificación de la mención de sexo se entiende como una acción de reclamación de estado, da lugar a una sentencia constitutiva, carece de efecto retroactivo, y por tanto no afecta a los actos y situaciones jurídicos anteriores, y el nuevo estado se aplica inmediatamente.

En el Reino Unido, la Gender Recognition Act, sancionada en 1 de julio de 2004 permite el cambio de sexo a quienes, habiendo cumplido 18 años, estén viviendo como miembros del otro sexo o hayan cambiado de sexo de acuerdo con el Derecho de otro país, cuando así se determine por un *Gender Recognition Panel* que, en el caso de cambio de sexo por hallarse viviendo como de otro sexo, ha de constatar la disforia de género, así como que el cambio se ha producido al menos dos años y que el interesado se propone vivir como persona del sexo adquirido, además del cumplimiento de los requisitos que se establecen en la *section* 3: informes médico y psicológico sobre la disforia de género y sobre que el solicitante se ha sometido o se está sometiendo a tratamiento para la modificación de los caracteres sexuales, o que tal tratamiento le ha sido prescrito o planificado. Se sigue de este modo el camino señalado en el caso Bellinger contra Bellinger, después de la Sentencia que la Cámara de los Lores dictó en 10 de abril de 2003, en la que se entendió que el reconocimiento del cambio de sexo, y la subsiguiente declaración de validez del matrimonio contraído tras una operación de cambio de sexo, exigía una consideración detallada por parte del poder legislativo.

La Ley holandesa de 24 de abril de 1985, que modifica el artículo 29 del Código Civil, exige dictamen de facultativo en que conste la convicción del transexual de pertenecer a un sexo distinto al que legalmente consta en el acta de nacimiento. En tal informe se ha de explicar en qué medida ha tenido lugar una adaptación corporal, que no se describe necesariamente como una intervención quirúrgica, pero en todo caso permitirá al juez obtener el convencimiento de que existe el serio propósito de permanecer viviendo como miembro del sexo adquirido.

En el Recurso de Casación se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 de la Constitución, que se ponen en relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 10.1 CE, así como con el de seguridad jurídica que se declara en el artículo 9.3 CE y con el derecho a la igualdad del artículo 14CE, y con el deber de promover hasta la eficacia los valores de libertad y de igualdad que establece para los poderes públicos el artículo 9.2 CE. Se citan también, pero sin un desarrollo argumental suficiente, los artículos 17 del Convenio de

Roma y 6 de la Declaración Universal de 1948. El núcleo temático se encuentra, al hilo de la jurisprudencia del TEDH, después de las Sentencias de 11 de julio de 2002, especialmente, en la apuntada vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar y la propia imagen (artículos 18.1, 10.1 CE y 8 del Convenio de Roma).

Por su parte, el Ministerio Fiscal, que postula la estimación del recurso, toma como punto de partida de su argumentación el papel predominante del elemento psicológico en la determinación del sexo, que considera doctrina de esta Sala, y la estimación de que no existe en el caso riesgo de labilidad del estado civil, por lo que entiende que, en la ponderación de los intereses en juego, han de prevalecer los valores de respeto y protección a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (artículos 10, 15 y 18 de la Constitución).

No se ha de olvidar que las Sentencias de instancia adveran que, en el caso del solicitante de que estamos tratando, se ha producido un cambio en su aspecto, en sus hábitos e incluso en los factores psicológicos y sociales que influyen en la determinación del sexo, y que ha sido sometido a tratamiento, después del correspondiente diagnóstico, lo que implicaría un cumplimiento sustancial de los requisitos que ahora establece la Ley 3/2007, pero no entienden que sea suficiente para producir la modificación, y, en consecuencia, la rectificación de la mención registral de sexo y del nombre, porque no se ha sometido a la cirugía de reasignación de sexo.

Hay que preguntarse cuál es la *ratio* del tal exigencia, para evaluar hasta qué punto puede ser decisivo, en un sistema en que se protegen y garantizan los derechos fundamentales, la falta de la intervención quirúrgica que determine la denegación en la instancia. De la conclusión a que se pueda llegar en este punto derivará un dato crucial para discernir si se está vulnerando alguno de los derechos fundamentales que se invocan.

La práctica de la intervención quirúrgica señalada venía siendo exigida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la legislación de varios países de nuestro entorno (Alemania, Francia, Reino Unido hasta 2004, etc.) como *conditio sine qua non* porque supone, ante todo, la manifestación de un propósito, de una *intentio* firme del transexual en el sentido de adaptarse y de seguir viviendo como persona del sexo deseado, para evitar de este modo una labilidad, es decir una variabilidad del sexo que lo pusiera a total disposición del libre arbitrio del interesado. De este modo, partiendo del dato –presente en la tradición jurídica común europea– que tiene al sexo como un estado civil de importancia trascendente para determinar la posición y –hasta hace poco– la capacidad de la persona, y que por ello se presenta como indisponible, inmerso como está en el terreno del orden público, la práctica de la intervención quirúrgica, dolorosa, costosa y traumática, asegura una permanencia, una estabilidad de la situación que, por otra parte, se predica como propia y característica del «estado civil». Pero, además, la práctica de la cirugía de reasignación de sexo implica una transformación corporal que aproxima la apariencia somática a la psique, pues, aunque predominen los factores anímicos o psíquicos entre los elementos determinantes del sexo, hay que buscar, en lo posible, una coincidencia –o la máxima posible– entre la apariencia y la realidad registral tratando de que se llegue a un estado coherente con la apariencia, de modo que, como se ha dicho, «puesto que parece, es». La jurisprudencia de esta Sala, aun cuando calificó, en principio, de «ficción» el cambio, subrayó siempre este dato (el de la apariencia, después de la intervención) como importante, cuando no como decisivo.

Pero es cierto que tal operación no consigue cambiar otros factores, ni determina la total conversión del sexo, pues subsisten los caracteres genotípicos y fenotípicos, ya que, como había dicho la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 6 de mayo de 1985, anteriormente citada, transexual, según la doctrina médico-legal, es el sujeto que, presentando los caracteres genotípicos y fenotípicos de un determinado sexo (o «género») siente de modo profundo pertenecer al otro sexo, del cual ha asumido el aspecto exterior y ha adoptado los comportamientos y en el cual, por tanto, quiere ser asumido a todos los efectos y bajo cualquier sacrificio, lo que sólo podría conseguir, a juicio de tal sentencia, que se apoya en la del Tribunal Constitucional alemán de 11 de abril de 1978 (también citada antes) la operación «demolitoria constructiva» del sexo anterior.

Como es cierto que esta concepción del sexo, que no obstante dar primacía a los elementos psíquicos y sociales (el rol socialmente asumido), sigue anclada en una exigencia somática de base, parece retroceder en los últimos tiempos ante varias mutaciones sociales y jurídicas:

a) En primer lugar, la influencia del sexo en los comportamientos sociales y en las valoraciones jurídicas disminuye a ojos vistas. Desde la Ley 2 de mayo de 1975, varias disposiciones reducen sensiblemente la importancia del sexo como factor determinante del trato de la persona en las relaciones sociales. No sólo el artículo 14 de la Constitución considera una acepción inadmisible de personas la discriminación por sexo, que sólo valdrá en cuanto responde a una deferencia razonable, con base en condiciones naturales imprescindibles (que llegan incluso a sustentar ciertas

discriminaciones positivas), sino que progresivamente (Leyes de 13 de mayo y 7 de junio de 1981; Ley 11/1990, de 15 de octubre; Ley 13/2005, de 1 de julio, etc.) se va disponiendo la irrelevancia del sexo en el tráfico jurídico, salvo para conductas en que irremediablemente sea significativo.

b) En segundo lugar, la asunción de las pautas y del rol de un determinado sexo va significativamente diluyendo diferencias radicales y tiende hacia una cierta uniformidad, que sólo se rompe en concretos aspectos, por más que subsistan perceptibles y hasta muy notables diferencias, mientras que, por otra parte, incluso en los niveles de las más profundas relaciones familiares, la asignación de roles sociales (como el de padre o madre) se desconectan de la identidad sexual, o al menos de una identidad sexual basada en los cromosomas.

Así, la concepción del sexo como estado civil se debilita, y abundan ya los tratamientos científicos de la cuestión en los que se sostiene que el sexo no es un estado civil, sin perjuicio de señalar la relevancia jurídica que todavía tiene.

Desde esta perspectiva, sobre todo teniendo en cuenta la última legislación, no podría ampararse en la determinación del sexo por razón de la aplicación de los caracteres del estado civil (orden público, inoperatividad, indisponibilidad, peculiaridades procesales) una respuesta negativa a la cuestión que nos ocupa ni cabría ver en la acción de modificación una «acción de estado», en sentido propio, por más que el sexo forme parte de la identificación de la persona, conste en el Registro civil (donde no sólo se inscriben estados civiles) y las acciones dirigidas a la modificación o a la rectificación adquieren ciertas peculiaridades (artículo 222. 3 II LEC)

La necesidad de un intervención quirúrgica de reasignación, pues, no parece justificada como presupuesto de una modificación del tratamiento de la persona interesada que, ciertamente, se presenta como afectada por un síndrome, por un estado patológico que exige un tratamiento que, obsérvese, no se dirige a corregir la tendencia hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico, tratando de aproximar el soma hacía la psique, y no a la inversa.

Hay, en la base, una «disforía de genero» que, diagnosticada, ha de ser tratada, durante al menos dos años (dice ahora la ley española) «para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado», pero no necesariamente ha de llegarse a la cirugía de reasignación sexual. Lo que tampoco significa, pues, que la mutación sexual se acepta como hecho voluntario, libérrimo, de una persona que haya decidido cambiar su pauta de comportamiento.

Desde esta perspectiva, nos hemos de preguntar, después de la vigencia de la Ley 3/2007, a la que se ha de dar valor como ampliación del ámbito de libre desarrollo de la personalidad, si la imposición de la intervención quirúrgica vulnera las derechos fundamentales a la intimidad privada y a la propia imagen que tutelan y amparan los artículos 18.1 y 10.1 CE. Pero hay que aceptar iuxta modo una respuesta positiva a esta cuestión. Ciertamente, la posición del TEDH, especialmente en las Sentencias de 11 de julio de 2002 (I contra Reino Unido y C. Goodwin contra Reino Unido) y 23 de mayo de 2006 (Grant contra Reino Unido) acude al Tribunal al artículo 8 del Convenio de Roma, que declara la vulneración del derecho a la intimidad privada, que vincula a la dignidad de la persona, como la reiteradamente citada Sentencia de 11 de octubre de 1978, del Tribunal Constitucional alemán, que anclaba su decisión en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 2.1 de la Ley Fundamental alemana), pero hay que señalar, en primer lugar, que el artículo 8 del Convenio de Roma impone al respeto a la vida privada y familiar y prohíbe la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo que esté previsto en la ley y constituya una medida necesaria para determinados bienes o valores. Parece, pues, un derecho de contenido más amplio que el derecho a la intimidad personal y familiar que se tutela en el artículo 18.1 CE. Además, en los casos resueltos por el TEDH la infracción se produce porque, aún cuando se haya verificado la totalidad del tratamiento, incluida la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, no se reconoce el cambio del sexo, porque el Estado demandado, aún así, hace primar el factor biológico y, con ello, desconoce el cambio. Pero, si bien se piensa, el resultado, de aceptar la posición que hasta ahora se ha venido sosteniendo en la jurisprudencia, sería el mismo: no aceptar el cambio por falta de la operación quirúrgica significa, en el fondo, hacer primar el factor fenotípico o cromosomático, que la operación, por otra parte, no puede corregir, con lo que no se da valor a la mutaciones psíquicas o los cambios en el rol socialmente asumido, no obstante hallarse el interesado en situación patológica.. haber sido diagnóstico y haber sido sometido a tratamiento.

No hay, en puridad, una vulneración de los derechos a la intimidad o la propia imagen, pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) que se proyecta en una lesión de la dignidad humana,, en una falta de tutela de la salud (artículo 43.1 CE), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1 CE) y a la protección de la integridad física y moral (artículo 15 CE), pues parece que el libre desarrollo de la personalidad (aceptado como soporte y justificación del cambio

por las Sentencias de esta Sala de 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991 y 6 de septiembre de 2002) implica, dada la prevalencía de los factores psico-sociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforía de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad.

No se trata sólo de una injerencia o de una intromisión en el ámbito propio y reservado que caracteriza el derecho a la intimidad («un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana», STC 231/1988, de 2 de diciembre; 143/1994, de 9 de mayo) aunque también se produce esa invasión, pese a que la persona desee excluir ese ámbito del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros (STC 292/2000, de 30 de noviembre) ya que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o su familia» (STC 144/1999, de 22 de julio), dentro de los límites que impone el respeto a los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos (SSTC 73/1982; 110/1984, 151/1997, etc.), un derecho que no es absoluto, y está ligado al respeto a la dignidad (STC 134/1999, de 15 de julio), sino que tal invasión es sólo uno de los aspectos de la cuestión. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona (STC 57/1994, de 28 de febrero), con lo que queda protegido el sentimiento de pudor personal, en tanto responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989; 120/1990; 137/1990, etc.)

Como no puede verse en casos como éste una intromisión o una injerencia o una vulneración de la propia imagen, por más que se trate de trascender el concepto de este derecho como facultad de evitar la difusión incondicionada del aspecto físico de la persona, puesto que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988; 99/1994,81/2001; 83/2002; SSTS 18 de mayo de 2007, 25 de abril de 1994, 23 de marzo de 1993, 21 de octubre de 1996, 19 de octubre de 1992, etc.) No parece que la exigencia de una intervención quirúrgica, considerada en sí misma como elemento que condiciona el reconocimiento del cambio de sexo pueda ser entendida como una invasión en la esfera de la propia imagen, pues, como ha dicho la STC 81/2001, de 26 de marzo (en doctrina que cabe seguir, entre otras, en las SSTC 156/2001, de 2 de julio; 83/2002, de 22 de abril; 14/2003, de 28 de enero) «en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc., perseguida por quien la capta o difunde».

Al apuntar hacia la vulneración de tales derechos lo quiere, probablemente, significarse es que hay que reconocer al individuo que sufre la patología denominada disforia de género, la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Se trata, en una palabra, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias.

Desde esta perspectiva, ha de estimarse el Recurso de casación, aceptando el fondo de la alegación formulada por el recurrente y la argumentación del Ministerio Fiscal.

En nuestro Derecho, sea cual fuere la posición que sobre los problemas anteriormente suscitados se quiera adoptar, se ha pronunciado el legislador, y es claro que este Tribunal está sometido a la Ley (artículos 117.1 y 120.3 CE). De modo que, a partir de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, los transexuales pueden obtener, cumpliendo los requisitos que la ley establece y por las vías que la propia ley señala, el cambio de la mención de sexo, y de nombre, y el tratamiento como persona del sexo deseado, sin requerir el tratamiento quirúrgico que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior a la Ley 3/2007, era *conditio sine qua non* del cambio. Pero esta constatación, tan obvia, por sí misma no resuelve el problema planteado, toda vez que la indicada Ley dispone que la rectificación «se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de esta Ley, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley del Registro Civil para los expedientes gubernativos» (artículo 2.1) y, además, que la aplicación de la ley requiere la constatación de determinados extremos y circunstancias que

ahora se señalan de modo preciso en el artículo 4, como antes se ha apuntado, pero no siempre son coincidentes con los que la jurisprudencia anterior había establecido. La nueva ley concede un derecho que se extiende a supuestos y por tanto alcanza a personas que se encuentran en situaciones diversas de aquéllas en las que, antes de su vigencia, se podía conceder la rectificación que respecto del sexo y del nombre se solicita en el caso. Tal es el supuesto de una persona que no se ha sometido a la cirugía de reasignación de sexo que esta Sala venía exigiendo, en coherencia, como se ha visto, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el contexto de las legislaciones de los países del área cultural y política en que se encuentra España, respecto de las que no ofrece grave discordancia. Ahora la nueva Ley permite que se consiga el cambio de sexo y de nombre sin necesidad de tal exigencia, pero señala que ha de acudirse al expediente gubernativo. La Ley no contiene una previsión sobre el caso de los solicitantes cuyo asunto se encuentra en curso. Sólo una Disposición Transitoria prevé la exoneración de la acreditación de los requisitos que señala el artículo 4.1 cuando mediante informe de médico colegiado o del Médico del Registro Civil «acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual».

No se introdujo una previsión sobre los asuntos judiciales en curso, a pesar de que se había solicitado en las enmiendas 20 (Grupo Mixto, Sr. Labordeta), 43 (Grupo P. IU-Iniciativa per Catalunya-Verds), 51 (G.P. Vasco EAJ-PNV), 73 (GP Esquerra Republicana ERC) y 94 (GP Catalán, CiU). Las enmiendas tenían el mismo texto, pues procedían, al parecer, de los colectivos transexuales (Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones, 2006, VIII Legislatura, núm. 696, pág. 17; BOCG, VIII Leg., A, núm. 89-7, pág. 45). Se trataba de introducir una Disposición Transitoria Segunda, referida a los juicios ordinarios sobre rectificación del sexo registral incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Se decía que el demandante podría desistir unilateralmente en cualquier momento de la instancia o de los recursos, y que el desistimiento no habría de impedir la presentación de la solicitud prevista en el artículo 2 de la Ley. La justificación, reiterada, decía. «Al producirse un cambio legislativo, y en este caso, además, un cambio de procedimiento, hay que regular qué ocurre con los procedimientos abiertos y no concluidos a la entrada en vigor de la ley». Se defendió en nombre de la seguridad jurídica, incluso frente a quienes arguyeron que la vía procedente para la rectificación del asiento era la resolución judicial.

La aplicación a los procedimientos en curso, suscitados antes de la entrada en vigor de la ley por personas que sólo en función de los criterios que ahora establece la nueva regulación pueden obtener el efecto que persiguen (la rectificación de sexo y nombre que constan en el Registro Civil) puede subsumirse en las previsiones de las Disposiciones Transitorias del Código Civil, que constituyen el Derecho común y general en esta materia. La duda posible en torno a si cabría calificar la posición del transexual solicitante como un supuesto de acto o contrato que, nacido nulo e ineficaz bajo el Derecho anterior, no puede ser sanado por la nueva ley, como ha dicho esta Sala (Sentencias de 14 de mayo de 1903, 18 de enero de 1910, 30 de junio de 1914, 17 de marzo de 1922, 8 de marzo de 1996, etc.) carece de sentido en este caso. El supuesto de hecho de la norma atiende a una situación de hecho que tiene una connotación de permanencia en un tiempo determinado. Si con anterioridad se hubiera solicitado, y hubiera sido denegada por las razones que ahora se expresan en las sentencias de instancia, el cambio que ahora se postula, nos volveríamos a encontrar ante una persona que, cumpliendo los requisitos que ahora establece la nueva ley, habría de poder solicitar de nuevo la tutela judicial para la viabilidad de la pretensión deducida. No hay, en el objeto del proceso entablado, una cuestión de validez o de eficacia de un determinado acto o comportamiento, sino el ejercicio de un derecho potestativo o de configuración jurídica cuya viabilidad estaba impedida por un obstáculo que la nueva ley ha removido. Por otra parte, se ha de hacer notar que, en puridad, no hay en el Código Civil previsión expresa sobre el régimen aplicable a los actos o contratos que fueran nulos bajo el Derecho anterior, pero que serían válidos y eficaces según el Derecho nuevo, ya que de la Disposición Transitoria Segunda sólo se deduce la regla relativa al régimen de actos y contratos celebrados bajo la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella. Aunque es claro que un acto nulo (según el Derecho anterior) no puede quedar sanado por el mero efecto del cambio legislativo, salvo previsión expresa de la norma, y siempre con respeto a las reglas de la cosa juzgada, pero permitirá la reproducción o la renovación del acto, con los efectos que le concede la nueva ley. A menos que cupiere entender la nulidad como sanción, y en tal caso cupiera la aplicación de la Disposición Transitoria Tercera.II. Conclusión a la que a veces hay que llegar, en materia tan delicada, pues bien puede ser exigido por la ponderación de los intereses en juego, como ocurrió en la Sentencia de 24 de abril de 1991. Finalmente, en cuanto a este punto, no hay una disposición en el Derecho anterior de la que pueda deducirse la nulidad o la ineficacia, pues no tiene sentido la referencia a la validez o la nulidad de la pretensión deducida, sino a su viabilidad o no, de acuerdo con las reglas del Derecho aplicables al supuesto de hecho, según el principio

cardinal *tempus regit factum* que tiene excepción en la Disposición Transitoria Primera, segundo inciso, cuando se dispone que valga y tenga efecto el derecho nacido bajo la ley nueva aunque los hechos que tiene en cuenta se hayan producido bajo la legislación anterior.

Se trata, pues, de un supuesto incardinable en el segundo inciso de la Disposición Transitoria Primera, de acuerdo con la aplicación que se ha venido haciendo de este precepto (Sentencias de 15 de febrero de 1983, 6 de octubre de 1993, 22 de marzo de 1994, 26 de septiembre de 1996, Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 17 de septiembre y 28 de noviembre de 1994) según cuyo texto «si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido del mismo origen». Lo que, en coherencia con cuanto se establece en la Disposición Transitoria Cuarta, segundo inciso (o segunda proposición), significa que habrá de aplicarse el régimen de ejercicio (ejercicio, duración y procedimiento) a las reglas del Derecho nuevo, que, según ya se ha dicho, prevén que la modificación solicitada se realice a través del expediente gubernativo.

Es más, de las tres proposiciones en que se proyecta la DT Cuarta CC (Sentencias de 8 de noviembre de 1995, 26 de mayo de 2000, etc.) la primera viene a reproducir el primer inciso de la DT Primera, añadiendo «acciones» a «derechos», la segunda dispone la aplicación de la nueva ley al «ejercicio, duración y procedimientos para hacer valer (los derechos nacidos y no ejercitados baja la ley antigua), lo que fue justificado por el RD de 29 de julio de 1889, que ordenó llevar a efecto la 2.ª edición del Código Civil, en el sentido de que ninguna consideración de justicia impelía a respetar en estos puntos, que estimaba de «carácter adjetivo», los derechos adquiridos. No cabe duda de que se ha de aplicar la nueva ley para «hacer valer» los derechos nacidos bajo la antigua ley y no ejercitados y, con mayor razón, se habrá de aplicar a los derechos nacidos por efecto de la nueva ley. Pero, fuera el supuesto de que tal derecho ya se está solicitando o postulando conforme a la ley anterior, la DT Cuarta CC contiene una tercera proposición, que determina que» si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros». Ciertamente, la expresión «procedimiento oficial» no equivale a «procedimiento judicial», pero parece comprenderla. El criterio de ambivalencia del procedimiento ha sido utilizado por alguna Sentencia, como la de 16 de mayo de 1996, y ha sido especialmente aplicado por las Sentencias de 8 de junio de 1984 y 1 de abril de 1985, en las que esta Sala entendió que no debía darse efecto retroactivo a las normas de procedimiento precisamente en punto al ejercicio de derechos potestativos como eran derechos de retracto.

El derecho nacido *ex novo* por efecto del cambio legislativo (derecho a producir una modificación del sexo por hallarse en la situación de haber sufrido la mutación, pero sin cirugía de reasignación), que venía siendo solicitado por vía judicial, como tantas veces había exigido la jurisprudencia, y era doctrina constante de la Dirección General de Registros y del Notariado (Resoluciones de 17 de marzo de 1982, 17 de abril de 1983, 26 de abril de 1984, 6 de mayo de 1987, 14 de mayo de 1991, 29 de diciembre de 1994, etc.) puede ahora ejercitarse por vía de expediente gubernativo. Pero ello no impide que esta Sala se pronuncie sobre la pretensión deducida, en vista de que *a fortiori,* en base a la DT Cuarta, inciso 3.º, correspondería una opción al interesado entre uno y otro procedimiento en caso de ejercicio de derecho nacido y no ejercitado bajo la legislación anterior, pero poderosas razones de analogía impelen a la aplicación de esta misma regla cuando se trata de un derecho solicitado conforme a la ley antigua, que ahora ha de reconocerse después de haberse producido la mutación legislativa.

A lo que se podría añadir que, en definitiva, el Registro Civil se halla bajo el control del orden jurisdiccional civil y la Sentencia habría de tener eficacia en orden a la inscripción (artículos 25 LRC, 82 RRC, etc.)

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Los motivos religiosos pueden constituir una causa de oposición moral o ética a la disolución del matrimonio, pero no se constituyen en nuestro derecho como causa de oposición legal al divorcio.

AP CUENCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando de la Fuente Honrubia

Como concretos motivos de apelación, respecto del divorcio, muestra su disconformidad el apelante pues sostiene que el sentimiento religioso le impide aceptar tal pronunciamiento. En segundo lugar, se opone a la atribución incondicionada de la vivienda familiar a la esposa, pretendiendo que se limite y condicione a que sea utilizada por ésta y sus hijas, interesando que tal atribución quede sin efecto y pase a atribuírsele a él en el supuesto que la demandante contraiga matrimonio o relación análoga.

Los motivos expuestos han de ser desestimados. Comenzando con el primero, ciertamente los motivos religiosos pueden constituir una causa de oposición moral o ética a la disolución del matrimonio, pero no se constituyen en nuestro derecho como causa de oposición legal a la disolución civil del matrimonio, por lo que verificada la pérdida de *affectio maritalis* es procedente acordar la disolución que ahora se impugna y por tanto confirmar este pronunciamiento en la presente alzada.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Como con anterioridad a contraer el matrimonio conocía la condición de transexualidad de su cónyuge, se desestima la demanda de nulidad matrimonial.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

En la demanda rectora del presente procedimiento se solicita la declaración de nulidad del matrimonio contraído por los litigantes, con apoyo legal en el artículo 73.4.º del Código Civil pues, según se expone, el Sr. Luis Alberto desconocía, al tiempo de celebrarse la unión nupcial, la condición de transexual de la Sra. Flor, lo que le fue reconocido por la misma en el mes de octubre de 2005.

La parte demandada, en su escrito de contestación, alega que dicha condición era perfectamente conocida por el esposo desde antes de contraer matrimonio, por lo que propugna la desestimación de la demanda.

Y contra el criterio decisorio plasmado en la sentencia dictada por el Órgano *a quo*, que rechaza la pretensión anulatoria articulada, se alza el actor, solicitando de la Sala el acogimiento de la acción entablada.

Al contrario de lo que acaece en los supuestos de separación matrimonial o divorcio, especialmente tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley de 8 de julio de 2005, en los que, conforme a lo prevenido en los artículos 81 y 86, basta la voluntad de uno solo de los cónyuges para poner fin a un matrimonio perfectamente válido, en las hipótesis de nulidad matrimonial, en cuanto niegan la validez *ab initio* de la unión nupcial, se requiere, por la trascendencia que tal situación jurídica conlleva, la concurrencia de los requisitos exigidos en alguna de las causas contempladas en el artículo 73 del referido texto legal, no bastando a tal fin la

coincidencia de las versiones al efecto ofrecidas por los cónyuges, ya que se requiere una cumplida demostración, en los términos prevenidos en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la existencia de datos fácticos susceptibles de integrarse en alguna de las previsiones del antedicho precepto sustantivo, por lo que, en caso contrario, debe prevalecer el principio del *favor matrimonii*.

En el caso, el actor invoca, en apoyo de su *petitum,* la causa 4.ª del citado precepto, a cuyo tenor es nulo el matrimonio celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

Se contemplan en dicho precepto, a tenor de su propia redacción, dos supuestos distintos, el primero de los cuales es el denominado doctrinalmente error obstativo, esto es el que recae sobre la identidad del otro contrayente, en tanto que el segundo, denominado error vicio, afecta a las cualidades personales del mismo, en el que se incluyen aquellas deficiencias o anormalidades físicas, o psíquicas, de uno de los contrayentes que, teniendo una suficiente entidad, no sólo subjetiva sino también objetiva, e ignoradas por el otro al tiempo de la celebración del matrimonio, sean determinantes de la prestación del consentimiento de este último, en tal modo que de haberlas conocido no hubiese accedido a la celebración de la unión nupcial.

Bajo tales condicionantes legales, que han de enmarcar la pretensión formulada en el llamado error vicio, se expone en el escrito rector del procedimiento, en cuanto uno de los apoyos fácticos sustentadores de la acción deducida, que en los meses transcurridos desde que los litigantes se conocen (junio de 2004) hasta que contraen matrimonio (abril de 2005), no mantuvieron relaciones sexuales; ello ofrece difícil conciliación con las manifestaciones vertidas por el propio Sr. Luis Alberto en el interrogatorio llevado a efecto en el acto de la vista, al reconocer que la Sra. Flor permanecía en su apartamento los miércoles y los fines de semana, en los que compartían la misma cama, por lo que aquel alegato, negado de contrario, encuentra una base probatoria, constituida tan sólo por las manifestaciones de dicho litigante, de muy escasa, en benévolo calificativo, solidez.

Se afirma igualmente en la demanda que, tras contraer matrimonio, los encuentros sexuales entre los cónyuges son de carácter esporádico, situación que se va acentuando con el tiempo, habida cuenta que el Sr. Luis Alberto permanecía fuera del domicilio, por razones de trabajo, hasta las 20 horas, y su esposa se ausentaba por las noches. Sin embargo, el Sr. Pedro Enrique, al deponer como testigo a instancias del demandante, afirma que, al volver a España, el actor estuvo de baja, por períodos superiores a un mes, por problemas en la espalda, lo que desmonta, en gran medida, aquel alegato.

Y ante dichos contactos íntimos, que tampoco cabe descartar totalmente, por lo expuesto, en la etapa anterior a la celebración del matrimonio, no deja de llamar la atención que el Sr. Luis Alberto, que ya había pasado por un anterior matrimonio del que existe descendencia, no percibiera nada extraño en el aspecto físico o en el comportamiento psicológico de su esposa, llegando a manifestar, de modo sorprendente, que, al conocer, en el mes de octubre 2005, su condición de transexual es cuando se dio cuenta que, durante los seis meses en que estuvieron casados, aquélla no había tenido el período menstrual.

Se refiere igualmente en el repetido escrito rector del procedimiento que, desde el momento en que el Sr. Luis Alberto tiene conocimiento de la verdadera identidad de su cónyuge, lo que sitúa en el mes de octubre 2005, entra en un estado de ansiedad tal que le ha supuesto ingresar en urgencias médicas, por problemas cardíacos, en dos ocasiones. Pero es lo cierto que, a tenor de los documentos aportados en apoyo de tal aseveración, el primero de tales ingresos se produce el día 9 de septiembre de 2005, esto es con anterioridad a aquel esgrimido conocimiento.

El choque psicológico que la referida situación conlleva, no parece constituir mayor obstáculo para que se reanude, al menos, la cohabitación de los esposos bajo el mismo techo, lo que se produce en las Navidades de 2005 y, posteriormente, a partir del mes de marzo de 2006, situación que se mantenía al tiempo de presentarse, en el mes de diciembre, la demanda rectora de esta litis, produciéndose, en el ínterin, un viaje de la demandada a Brasil sufragado económicamente por el hoy apelante.

Todo lo cual lleva al ánimo de la Sala serias dudas, no debidamente desveladas por quien a ello venía procesalmente obligado, sobre el ajuste a la realidad de la esgrimida ignorancia de la condición transexual de la demandada y, por ende, del postulado encaje de la situación descrita en la causa de nulidad invocada, lo que atrae al caso las previsiones del artículo 217.1.º de la repetida Ley procesal, conforme al cual cuando, al tiempo de dictar sentencia, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del litigante a quien corresponda la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones.

PATRIA POTESTAD

No se accede a la petición de recuperación de la patria potestad por el impacto emocional y psicológico que pudiera conllevar para el menor, sobre todo porque en atención a las actuales circunstancias y a su grado de madurez, no existe certeza alguna de las repercusiones colaterales que esa nueva situación le pudiera ocasionar.

AP CUENCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando de la Fuente Honrubia

Se alza el recurrente contra la sentencia de fecha 15 de febrero de 2007 en virtud de la cual se desestima la demanda en su día interpuesta y por la que se interesaba por el actor la recuperación de la patria potestad de la menor María al amparo del artículo 170.2 del Código Civil.

Como concreto motivo de apelación sostiene el recurrente que para denegar la petición formulada no se acude a criterios puramente jurídicos sino a criterios de orden fáctico interpretados subjetivamente por el juzgador de instancia, sin que haya tenido virtualidad el hecho, reconocido por el propio juzgador, de que las circunstancias tenidas en su día en cuenta para privar de la patria potestad no son las mismas que persisten en la actualidad.

El motivo ha de ser desestimado. Tiene manifestado esta Audiencia Provincial en numerosas resoluciones, por todas, Sentencia de 19 de enero de 2006, que cualquier medida a tomar en el seno de un procedimiento de crisis matrimonial, o en cualquier ámbito o procedimiento civil concerniente a los menores de edad, habrá de ser adoptada teniendo como criterio de decisión preponderante o parámetro esencial de lo resuelto el preferente interés del menor. Es en este sentido muy claro el artículo 92 del Código Civil cuando señala que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. El artículo 94 del mismo Código establece, como no podía ser de otro modo, el derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores para visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, en el tiempo, modo y lugar que para el ejercicio de este derecho señale el Juez. No obstante, advierte el mismo precepto, se podrá limitar o suspender el derecho aludido si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

En otro nivel, el artículo 39.4 de la Constitución indica que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, estableciendo la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que la Humanidad debe al niño lo mejor que ésta pueda darle.

Ejercitada la acción de recuperación de la patria potestad de la menor María, corresponde en esta alzada determinar si los presupuestos tenidos en cuenta por el juez de instancia coinciden o son valorativamente racionales de conformidad con las conclusiones que esta Sala ha obtenido no sólo del examen de la prueba practicada en instancia, sino sobre todo, por su inmediatez y actualidad, por la practicada en esta instancia, concretamente la exploración de la menor y el informe del Equipo Técnico de Menores.

En primer lugar, pese al diagnóstico de Retraso Mental Moderado y el grado de minusvalía que tiene la menor, sin embargo, la exploración de la misma llevada a cabo por esta Sala fue importante y positiva en el sentido que nos permitió adverar que la niña conoce al actor, que lo identifica con el marido de su tía, que sabe quién son sus primos, pero que desconoce cualquier otra cuestión relativa a su filiación o a sus relaciones de parentesco con sus primos. Además, aparte de estas consideraciones, ciertamente observamos que en la menor no se despierta ningún interés en mantener una relación más estrecha con el actor, mostrando una actitud ciertamente indiferente hacia su persona.

Estriba por tanto la cuestión en determinar el interés verdaderamente preponderante de María, evaluando qué repercusiones negativas o positivas puede tener la recuperación de la patria potestad por parte del actor, el reconocimiento del mismo como su padre, un régimen de visitas más o menos normalizado, y el conocimiento de otras relaciones de parentesco, concretamente saber que quien cree que son sus primos, realmente son sus hermanos.

Un estudio psicosocial del grupo familiar y de la menor se hace imprescindible para auxiliar a este Tribunal en la decisión a adoptar, pues aunque las

máximas de la experiencia pueden conducir a su determinación en uno u otro sentido, ciertamente, en la mayoría de los supuestos análogos al presente, pero sobre todo y de manera fundamental en éste, se hace necesario contar con una evaluación del impacto psicológico y emocional que puede tener una medida de orden y significación contraria a la situación que actualmente vive la menor.

En el informe inicial del Equipo Técnico de Menores, pero sobre todo en el informe complementario emitido a instancias de esta Sala, se refieren los siguientes aspectos:

a) El pronóstico acerca de la repercusión psicológica que sobre la menor María tendría el que conociera la relación que le une con el Sr. don Isidro estaría directamente relacionado con el modo y las condiciones previas en que efectivamente se proceda a informar a la menor sobre esa cuestión.

b) Sería aconsejable, para un adecuado proceso, que la menor previamente fuera preparada, en un contexto de terapia psicológica, para recibir esa noticia. Si no se realiza en ese contexto, el pronóstico no puede ser positivo para la menor. Hay que tener en cuenta que no partimos de una situación neutra, en la que también sería conveniente una preparación para recibir una noticia tan trascendental, sino que además partimos de una situación en que la menor conoce a esa persona y tiene un concepto poco propicio al respecto. Para María el Sr. Isidro supone una figura que le crea inseguridad, amenaza e incluso temor. Si en esa situación se le informa de que esta persona se identifica con su progenitor, con las connotaciones que esta figura tiene para los niños de autoridad y superioridad, crearía un conflicto emocional con probables consecuencias en cuanto a la aparición de sentimientos de miedo y por tanto de posible ansiedad, pudiendo originarle un trastorno psicológico.

c) En cuanto al conocimiento de que sus primos realmente sus hermanos, no supondría un cambio relevante en la relación que María mantiene con ellos y por tanto no tendría unas consecuencias significativas sobre la menor.

Como conclusión de todo ello, el Equipo Técnico de menores refiere que las mencionadas condiciones están muy lejos de cumplirse, por lo que, en la situación presente y teniendo en cuenta el interés de la menor, no es conveniente que la misma sea informada sobre su relación con el Sr. Isidro y, por tanto, tampoco sería conveniente que se fijara un régimen de visitas con el mismo.

Estas consideraciones del Equipo Técnico de Menores nos parecen plenamente acertadas y realmente sintetizan la situación de la menor y un pronóstico real del alcance que la petición del actor supondría sobre la misma, lo que determina y no hace aconsejable que, en interés de la menor, se acuerde la recuperación de la patria potestad por el impacto emocional y psicológico que pudiera conllevarle, y sobre todo porque en atención a las actuales circunstancias y a su grado de madurez, no existe certeza alguna de las repercusiones colaterales que esa nueva situación le pudiera ocasionar.

PATRIA POTESTAD

Se inadmite la demanda de ejecución de sentencia en la que el padre solicitaba que se requiriese a la madre para que de forma inmediata modifique el régimen de internado de los menores en el colegio pasando a régimen externo, habida cuenta que, respecto a esta cuestión, nada se indicaba en la sentencia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se acuerde la admisión a trámite de la ejecución interesada por la parte en los términos solicitados y alega que la ejecución instada tenía causa en el incumplimiento reiterado de la demandada Sra. Rita de las obligaciones inherentes a la patria potestad.

Se resuelve en la primera instancia inadmitir a trámite la demanda de ejecución presentada por el Procurador Sr. Reino García, en representación de don Serafín.

Se pretende la ejecución de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de primera instancia, el 26 de julio de 2006, argumentando que se mantiene en esta resolución lo acordado en

sentencia de separación de 7 de junio de 2002, a su vez revocada parcialmente por este Tribunal en resolución de 16 de enero de 2004.

La sentencia de separación de 7 de junio de 2002, establecía en la segunda medida que «los hijos quedarán en la compañía y bajo la custodia de la madre, si bien la patria potestad continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos padres», a cuyo amparo se pretende requerir a doña Rita a fin de que de forma inmediata recoja del Colegio Montfort a los menores, retirándoles del régimen de internado que unilateralmente impuso y manteniendo el mismo régimen externo que tenían con anterioridad, así como para que se abstenga de reiterar en el futuro de tomar decisiones importantes sobre la vida y educación de los menores sin la aquiescencia del padre o, caso de desacuerdo, sin someterlas a decisión judicial, con apercibimiento en otro caso de imponerle una multa coercitiva por cada mes que transcurra sin cumplir con lo ordenado de poder incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial y dar lugar por otra parte a la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad en relación con los hijos.

Y es lo cierto que tal pretensión no encuentra acogida específica en tal pronunciamiento genérico de la sentencia, cuya ejecución se insta, en la medida en que la misma nada dispuso sobre el colegio concreto al que habían de acudir los hijos ni el régimen de escolarización de los mismos, de manera que tal solicitud no se ajusta al título ejecutivo que se pretende despachar, debiendo recordar a este respecto que las sentencias habrán de ser ejecutadas en sus propios términos, todo ello conforme a lo previsto en el artículo 18 de la LOPJ, siendo así que la solicitud de la parte habrá de plantearse en el procedimiento correspondiente, valorando que el artículo 156 del Código Civil establece el mecanismo para resolver el desacuerdo de los progenitores sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad, debiendo ser oídas ambas partes y el hijo si tuviese suficiente juicio, y en todo caso, si fuera mayor de 12 años, acudiendo para ello al procedimiento de jurisdicción voluntaria, todo lo cual conduce a confirmar la resolución recurrida y a desestimar así este motivo de apelación.

PATRIA POTESTAD

Suspensión de la patria potestad tanto a la madre –presunta autora de las agresiones a su hijo menor de edad– como al padre, ya que si bien éste no ha participado en concepto de autor, tuvo conocimiento de las lesiones sin hacer nada para evitarlas.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La incoación de actuaciones penales por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica del artículo 135 del Código Penal y de un delito de violencia doméstica continuada sobre menor de edad del artículo 173.2 de tal Texto legal, ha determinado la iniciación de Diligencias Previas con la finalidad de depurar la responsabilidad criminal de la madre del menor, y la adopción de determinadas medidas cautelares de carácter civil, tales como la de privar del ejercicio de la guarda y custodia y de suspensión de la patria potestad a la madre, presunta autora de las agresiones a su hijo menor de edad, y al padre del mismo, pues si bien no ha participado en concepto de autor, había tenido conocimiento de las lesiones sin hacer nada para evitarlas. Además del resto de las medidas adoptadas en la resolución recurrida.

Sin perjuicio del principio constitucional de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la constitución es factible la adopción de tal medida de carácter civil, en base al artículo 158 del Código Civil y 134 del Código de Familia de Cataluña, pues en cualquier tipo de procesos pueden determinarse determinadas medidas, de oficio por el órgano judicial, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, tendentes a la evitación de perturbaciones dañosas para menores de edad o para apartarles de situaciones peligrosas o generadoras de perjuicios graves.

GUARDA Y CUSTODIA

La necesidad de abandonar diariamente el domicilio para trabajar, o el cambio de la persona que debe colaborar con el servicio doméstico y la atención de los hijos, no son motivos de peso para declarar la no idoneidad de la madre para el ejercicio de la custodia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La cuestión relativa a la custodia de los menores debe resolverse conforme a lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, artículos 1 y 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y ello en relación con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1959; en efecto, «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia sobre los mismos, en caso de separación, divorcio o nulidad».

Por ello, para dar adecuada respuesta en orden a la atribución de la custodia se debe atender a los elementos personales y familiares que concurren en la familia, siempre buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de educación y ayuda escolar, y advirtiendo que la necesidad sobre alimentación y educación, así como el desahogo material, es algo que deben procurar ambos progenitores, pero siempre es preciso buscar un clima de sosiego y equilibrio para lo que se hace preciso adecuadas pautas de conducta del progenitor que debe ejercer tal función.

Dicho lo anterior, en modo alguno es posible buscar criterios de descalificación personal o familiar, en contra de ninguno de los progenitores, pues la decisión judicial ha de dar respuesta a la problemática planteada en la medida que conste acreditado que el interés de los hijos, incluso por razones objetivas que no personales, se salvaguardan mejor otorgando la custodia a un progenitor frente al otro.

En este sentido, no se comprende el argumento de la recurrente cuando se refiere a la violación del derecho de igualdad y de la tutela judicial, dado que no se trata tanto de otorgar un derecho al recurrente, como de adoptar una decisión acorde al interés y al beneficio de los hijos, cual es el caso.

Por ello, y habiendo sido suficiente la prueba ya practicada en la instancia para resolver la cuestión planteada, es lo cierto que no existe motivo alguno para dudar de la validez del informe pericial emitido en su momento, de fecha 28 de julio de 2006, después de tener en cuenta la aplicación de cuantos instrumentos han sido necesarios, para fundar el carácter científico de la pericia, para emitir un criterio sólido y una valoración final, de la que no cabe deducir ninguna descalificación para el recurrente, y por cuanto que se expresa que «la evaluación practicada no arroja diferencias ostensibles de idoneidad entre uno y otro progenitor en base a los criterios técnicos considerados, pudiendo por tanto cualquiera de ellos ejercer la custodia de los menores, mientras el otro disponga de un régimen de visitas amplio que incluya alguna visita entre semanas dada la corta edad del pequeño...» lo que no impide, según dicho criterio pericial, advertir del riesgo de transmitir a los hijos la percepción del conflicto, cargando responsabilidades sobre la madre, en la medida que ello pueda condicionar, a medio plazo, la disposición de los menores hacia la figura materna.

En este sentido, y en lo que se refiere a las concretas circunstancias personales y materiales que afectan a cada uno de los progenitores, no puede decirse que la situación del recurrente resulte distinta a la de la madre, dado que ambos progenitores están incorporados a la vida laboral, con lo que ello supone en orden a la ausencia diaria del domicilio, durante la jornada laboral, y a la necesidad de recibir ayudas de terceros, por vía de asistencia doméstica, cuidadora externa, etc., ayuda que ambos necesitan, sea cual fuere la decisión a adoptar, así, en la diligencia de ratificación de la prueba pericial, advirtió la perito que tal necesidad, sobre asistencia doméstica y familiar, se daba cualquiera que fuera la opción sobre la custodia.

Por lo demás, tal circunstancia, sobre la necesidad de abandonar diariamente el domicilio para trabajar, o el cambio de la persona que debe colaborar con el servicio doméstico y la atención de los hijos, no son motivos de peso para declarar la no idoneidad de la madre para el ejercicio de la custodia.

GUARDA Y CUSTODIA

Se acuerda atribuir la custodia del hijo, cercano a la mayoría de edad, al padre, toda vez que la voluntad del hijo razonada, y no como expresión de un mero querer frío y abstracto, tiene su trascendencia, ya que enlaza con el interés, con el *favor filii*, al expresar unos sentimientos, que han de ser atendidos por su relevancia.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos José de Valdivia Pizcueta

Se ataca, en primer lugar, la atribución de la guarda y custodia del hijo, cercano a la mayoría de edad, al padre. Acerca de este problema, se ha de indicar, y se ha dicho en varias ocasiones, que, la voluntad del hijo razonada, y no como expresión de un mero querer frío, abstracto, tiene su trascendencia, ya que enlaza con el interés, con el *favor filii*, al expresar unos sentimientos, que han de ser atendidos por su relevancia. Por ello, en este caso, si la relación entre padre e hijo, entre don Benjamín y don Eugenio, se muestra a través de un deseo, por parte del hijo, próximo a alcanzar la mayoría de edad, de estar, de vivir con su padre. Si el hijo se encuentra adaptado, social, personal y familiarmente con relación a su estado actual. Y además la abuela ayuda a tal integración de manera notable (ahí está el informe psicosocial), mal se ha de pretender, contrariando el interés del menor, que la guarda y custodia sea transferida a la madre, que vive con su actual pareja, de la que tiene un hijo, en otra localidad: Diezma. Oponiéndose así, a la voluntad del hijo, que muestra un claro interés: el que se termina de referir. La voluntad del hijo es expresión de unos sentimientos, que señalan, insistimos: su interés.

GUARDA Y CUSTODIA

Debido a la ampliación de su horario laboral y a que tiene que desplazarse a otra ciudad, sale de su domicilio a las 8 de la mañana y no regresa hasta las 21 horas por lo que la menor tiene que pernoctar durante algunos días laborables con el padre y los abuelos paternos, pero ello no justifica el cambio de custodia, ya que dándose las mismas circunstancias el padre aceptó que la custodia se otorgase a la madre.

AP OURENSE, SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Josefa Otero Seivane

Tras haber mediado en la instancia conformidad de los litigantes sobre la atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija común, nacida el 21 de diciembre de 2001, el esposo pretende ahora que se atribuya al mismo basándose en que se han producido modificaciones esenciales desde que los autos quedaron conclusos para sentencia. En concreto alega que, debido a la ampliación de su horario laboral, la madre se ve obligada a desplazarse desde Xinzo de Limia a esta ciudad a las 8 de la mañana y no regresa hasta las 21 horas por lo que la menor ha pasado a pernoctar diariamente con el padre y abuelos paternos y prácticamente a convivir con ellos.

El artículo 91 CC exige para la modificación de medidas adoptadas con anterioridad en relación con los hijos que «se alteren sustancialmente las circunstancias». Por alteración esencial, debe entenderse, la verdaderamente trascendente, permanente en el tiempo, ajena a la voluntad del instante de la revisión y no susceptible de previsión al tiempo de la adopción de las medidas cuyo cambio se postula. Para determinar en cada caso si concurre alteración resulta obligado partir de las circunstancias tomadas en consideración cuando se adoptó la medida y de las existentes cuando se interesa la modificación, comparación que en el supuesto enjuiciado conduce a una respuesta negativa.

Aun siendo cierta la ampliación del horario laboral de la esposa, no lo es menos que ya en el escrito de conclusiones, donde el padre acepta el régimen de custodia que ahora impugna, se alude a la pernocta de la menor en el domicilio paterno durante alguno de los días laborables, así como a la asistencia de la madre a un curso cuyo horario en la temporada de verano, conforme a la comunicación del administrador de la entidad que lo impartía, era de 9 a 13.30 horas en Ourense, por tanto, también matutino, mientras que por la tarde aquélla trabajaba en la peluquería donde continúa en la actualidad, sin que tales circunstancias conocidas por el actor y similares a las actuales, impidiesen el acuerdo de los cónyuges. De otro lado la estabilidad de la menor aconseja el mantenimiento de la situación acordada, visto que desde el nacimiento ha convivido con la madre, por más que sea constante el contacto con la familia paterna, igualmente indispensable para el adecuado desarrollo de su personalidad.

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque inicialmente la hija mostró su preferencia en vivir con el padre y en base a ello el Juez le atribuyó la custodia, sucede que con posterioridad la propia hija acudió al Juzgado para expresar su deseo de convivir con su madre, deseo que ha reiterado ante la Audiencia en la exploración correspondiente, por lo que debe ser estimado el recurso y atribuir a la madre la custodia de la menor.

AP CUENCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Leopoldo Puente Segura

En primer lugar, habremos de ocuparnos de la guarda y custodia de la hija menor habida en el matrimonio, María Antonieta. Empezó la actora interesando que a ella fuera concedida la guarda y custodia de su hija, con quien convivió hasta el mes de julio del año 2006. María Antonieta, sin embargo resolvió trasladarse en la fecha citada al domicilio de su padre y en las exploraciones que le fueron practicadas en la instancia subrayó este deseo suyo señalando primero que prefería vivir en Valencia y después que se marchaba con su padre porque su madre apenas podía mantenerla. Aceptó la demandante la decisión de su hija (que cuenta hoy dieciséis años de edad) y así el juez de instancia, aun considerando que ambos progenitores estaban sustancialmente igual de capacitados para asumir la guarda y custodia de María Antonieta, la estableció a favor del padre atendiendo fundamentalmente a lo decidido por la propia menor. Sucede, sin embargo, que con posterioridad, la propia María Antonieta acudió al Juzgado el día 29 de enero del presente año, para expresar su deseo de convivir con su madre, deseo que ha reiterado ante nosotros en la exploración correspondiente con atendibles razones. La sentencia de instancia ya había sido dictada, cuatro días antes (el 25 de enero).

Es ya un lugar común señalar que, en aplicación de diversos textos internacionales y normas internas, el principal interés del menor resulta el parámetro esencial para justificar la adopción de cualesquiera decisiones que le afecten. Es verdad que no siempre el deseo y el interés del menor han de coincidir. Pero no lo es menos que cuando se trata de menores que presentan ya un grado de desarrollo personal próximo a la mayoría de edad (en nuestro caso dieciséis años), la distinción entre lo que se quiere y lo que resulta conveniente, se desplaza cada vez más desde lo tuitivo a la pura esfera de la libertad individual. No se advierte razón alguna para que si la guarda y custodia se otorgó al padre como consecuencia del razonable deseo expresado por la menor, no se haga lo mismo ahora, en protección del interés de Marta, para atribuirla a la madre. Eso sin contar con que, aunque posible, sólo en casos muy extraordinarios el interés del menor, cuando hablamos de adolescentes, resulta compatible con imponerle la convivencia por la fuerza con el progenitor que no desea. Por estas razones y partiendo de la común aptitud de ambos padres para asumir la custodia de su hija, debe ser estimado en este punto el recurso interpuesto y la impugnación mantenida por el Ministerio Fiscal.

GUARDA Y CUSTODIA

Siguiendo una línea jurisprudencial tan extendida en el ámbito del derecho de familia que excusa de concretas citas, se ha de atender siempre al interés del menor, de suerte que la estabilidad mantenida por éste en compañía de su progenitor masculino desde el año 2005 no conviene alterarla ahora con una modificación de la guarda y custodia, especialmente cuando tal alteración supondría, no sólo un cambio de domicilio, como podría acontecer de residir ambos progenitores en la misma ciudad, sino un cambio de país, de cultura, de lengua, de colegio, de amigos, etcétera.

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Álvaro Artola Fernández

Siguiendo una línea jurisprudencial tan extendida en el ámbito del derecho de familia que excusa de concretas citas, se ha de atender siempre al interés del menor, de suerte que la estabilidad mantenida por éste en compañía de su progenitor masculino desde el año 2005 no conviene alterarla ahora con una modificación de la guarda y custodia. Especialmente cuando tal alteración supondría, no sólo un cambio de domicilio, como podría acontecer de residir ambos progenitores en la misma ciudad, sino un cambio de país, de cultura, de lengua, de colegio, de amigos, etcétera; pues, en el caso de autos, el menor tendría que adaptarse a una vida completamente nueva, aconteciendo que, a la edad de 11 años, tal cambio no es tan llevadero como parece afirmar la actora-apelante, ya no estamos ante un niño de tres o cuatro años. Téngase presente, en este sentido, que, como se indicaba antes, la guarda y custodia paterna ha proporcionado, desde luego, más aspectos positivos que negativos, no justificándose ahora, en modo alguno, una alteración tan radical en el *modus vivendi* del menor.

GUARDA Y CUSTODIA

No se acuerda la custodia compartida al ser clara la opinión de las hijas de 13 años y 8 años de continuar conviviendo con la madre.

AP JAÉN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús María Passolas Morales

No se puede ante un interés de ambos progenitores por la guarda y custodia de las hijas, o en su caso compartida, considerar cuestión parva nimia o venial, la opinión de las hijas Alba de 13 años y María de 8 años, afirmando la primera que desea el régimen de guardia y custodia en la persona de su madre, deseando incluso que se quitaran los domingos de estar con su padre pues le impide irse con su madre los fines de semana de viaje, e incluso le parece excesivo el número de llamadas telefónicas que en número de tres recibe su padre, a diario, prefiriendo vivir con su madre aunque tuviera todas sus cosas en casa de su padre, creyendo que su madre se preocupa mas de sus estudios, que su padre. Teniendo libertad por su madre para ver cuantas veces quiera a su padre. Estando harta de esta situación creyendo conocer a todos los psicólogos de España, y afirmando finalmente, la presión de los psicólogos de su padre que le han insistido en que lo mejor es la custodia compartida.

La menor María, afirma igualmente que prefiere estar con su madre gustándole más la casa de su madre que la de su padre, y que su madre es más exigente en el control de los deberes; sin que su madre hable mal de su padre, ni éste de aquella.

Las edades de Alba y María, son significativas para ser tenidas en cuenta, conocen los domicilios de su padre y madre, conocen el trato de ambos y son conscientes de una mayor rigurosidad de la madre en el control de los estudios, expresando libremente su opción por estar bajo la guarda y custodia de la madre, rechazando la primera citada las indicaciones de los peritos del padre.

Este interés de los hijos así manifestado es el superior que ha de primar, sobre el también legítimo interés de los progenitores, que en todo caso han de contribuir a un armónico desarrollo psíquico y físico de sus hijos, que ya demuestran, evitando tensiones, o bien, como perciben las hijas, sin que un progenitor les hable mal del otro. Por lo que no habrá de prosperar la indefensión alegada, siendo exhaustiva la Sentencia que analiza la prueba, sin conclusiones torpes o burdas, dando respuestas a las pretensiones de las partes, si bien teniendo en cuenta como superior el interés de los hijos.

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque el juzgado otorgó la custodia de los hijos al padre en base a la situación psicológica por la que atravesaba la madre, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y atribuye la custodia a la madre, al entender que la hija menor está más vinculada a la madre y que no es conveniente separar a las hermanas.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Mercedes Guerrero Romeo

La sentencia de instancia declara la disolución por divorcio del matrimonio formado por Gonzalo y Edurne, atribuyendo la guarda y custodia de las hijas menores Naroa y Nahikari al padre, con el uso y disfrute de la vivienda conyugal. La madre deberá abonar pensión alimenticia para las menores de doscientos cincuenta euros mensuales actualizable anualmente conforme al IPC, debiendo satisfacer al 50% los gastos extraordinarios ambos progenitores. La pensión compensatoria solicitada por la actora quedó rechazada.

Se alza contra la resolución Edurne solicitando la atribución de la guarda y custodia de las hijas menores, el uso de la vivienda familiar, pensión de alimentos a favor de las menores de cuatrocientos euros y también que se fije pensión compensatoria por desequilibrio patrimonial.

Declarado el divorcio, y siendo ésta una cuestión firme, comenzaremos el análisis del primero de los motivos del recurso, atribución de la guarda y custodia de las hijas menores. En el auto de medidas provisionales se otorgó a la madre, mientras que la sentencia considera que es más idóneo el Sr. Gonzalo para cuidar de las menores, en la exploración la hija mayor declaró que prefiere estar bajo el cuidado del padre, y también el informe psicosocial determina que el padre es más idóneo. La sentencia argumenta que «... es el padre el progenitor más adecuado para el ejercicio de la guarda y custodia, lo que en modo alguno significa que la Sra. Edurne no lo sea, pues la cuestión se está valorando en términos de mayor idoneidad, y en este caso, dadas las circunstancias aquejantes a la madre (la delicada situación psicológica que atraviesa, motivada entre otras circunstancias por la ruptura de la pareja), el hecho de que al menos en este momento el Sr. Gonzalo está en posesión de mayores herramientas educativas, y tomando en cuenta el parecer de las menores, valorando que las mismas padecen en mayor o menor media la difícil situación que atraviesa la madre (sobre todo la menor tal y como refleja el informe del equipo psicosocial) de consideración obligada dada su edad, esta Juzgadora acuerda conceder el ejercicio de la guarda y custodia al Sr. Gonzalo.»

La Sala no está de acuerdo con esta decisión, que anticipamos, se va a revocar. La sentencia dice que la hija mayor ha declarado en la exploración que prefiere estar con el padre, y en virtud de esta declaración, y de las conclusiones del informe psicológico la juez de instancia atribuye la guarda y custodia al padre, sin tener en cuenta la opinión de la hija menor y el interés de ésta de vivir con la madre.

El informe psicosocial analiza la situación de cada uno de los miembros de la familia concluyendo que, a la vista de los deseos de convivir con sus hijas, adecuada vinculación padre-hijas, asunción de las responsabilidades parentales y disponer de herramientas educativas, se considera conveniente otorgar la guarda y custodia a Gonzalo. Naroa, la hija mayor se siente especialmente unida a la figura paterna, convive con el padre y los abuelos paternos, los resultados de las pruebas indican un nivel muy alto de ansiedad con autoestima negativa. Nahikari es una menor sensible, que ha adquirido como mecanismo personal evitar expresar todo aquello que le resulta insatisfactorio, se encuentra

estrechamente unida a su hermana y también al padre, se siente desdichada y, en ocasiones desatendida por la figura materna, con quien reside desde la ruptura de los progenitores. Las pruebas indican un nivel alto de ansiedad, sentimientos de miedo e intranquilidad. La madre muestra autoestima baja, sentimientos de culpa y de anulación personal. Desde la separación acude al Centro de Salud Mental de Llodio donde recibe apoyo de la psiquiatra con pautaje de medicación antidepresiva, complementándolo con tratamiento psicológico en el servicio de atención a la mujer de Llodio. En la prueba de personalidad destaca su escasa iniciativa, sentimiento de inferioridad, le resulta difícil crear relaciones y le cuesta tomar decisiones.

La situación de la madre en estos momentos es difícil, tiene una personalidad retraída, escasa iniciativa, sentimientos de inferioridad, en parte provocados por la propia separación, el informe indica que desde la separación recibe tratamiento psicológico con medicación antidepresiva, no debe olvidarse que iniciada la separación vivió un episodio de malos tratos, lo que pudo agravar su situación. Todo ello indica que aunque la madre tiene un carácter muy diferente al padre, con sentimientos de inferioridad y escasa iniciativa, su situación actual se ve agravada por la separación y los malos tratos recibidos, lo que no significa que no pueda hacerse cargo de la guarda y custodia de las hijas, el informe no indica que la madre no sea apta para el cargo.

Por otra parte la sentencia se basa en la decisión de la hija mayor que desea vivir con el padre, pero omite los deseos de la menor a la que hay que proteger por tener menor edad y estar más indefensa. La hija menor mantiene buena relación con la madre, se siente más unida a ella, y a la vez quiere vivir con su hermana, la madre en estos momentos no trabaja, se acaba de quedar en el paro, luego tiene mas tiempo para dedicarse a sus hijas y para procurar el bienestar de éstas. La Sala entiende que no se puede dar más valor a los deseos de la hija mayor, aunque esté más unida en estos momentos al padre puede ser por la situación especial vivida por la separación, además, en un año aproximadamente Naroa será mayor de edad, entendiendo que es la menor la que necesita mayor protección. En cualquier separación debe procurarse que los hermanos continúen juntos bajo la custodia de uno de los progenitores, por ello, partiendo de esta consideración, y teniendo en cuenta que es la hija menor Nahikari la que necesita mayor protección, y que está más vinculada a la madre, se atribuye la guarda y custodia de las menores a la madre Edurne, que en la actualidad tiene más tiempo para dedicarlo a las hijas, de lo contrario estarían más tiempo conviviendo con los abuelos paternos que con los padres. Deberá procurarse que la hija mayor normalice las relaciones con la madre estableciendo las medidas que sean necesarias para ello incluida la psicológica.

GUARDA Y CUSTODIA

Que haya tenido un accidente de circulación no es prueba del comportamiento que se imputa a la esposa pero es que además tal como resulta de los términos del propio escrito de demanda tal conducta ya era conocida por el recurrente desde tiempo antes y no consideró que la madre no fuese idónea para hacerse cargo de la guarda de los menores.

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Salinero Román

El primer motivo del recurso se refiere al cambio de custodia de los hijos menores con soporte en una supuesta irresponsabilidad de la madre en el cuidado de los menores a la que atribuye una manera habitual de conducir con exceso de velocidad. El argumento debe ser objeto de rechazo. Que haya tenido un accidente de circulación no es prueba del comportamiento que se imputa a la esposa pero es que además tal como resulta de los términos del propio escrito de demanda tal conducta ya era conocida por el recurrente desde tiempo antes y no consideró que la madre no fuese idónea para hacerse cargo de la guarda de los menores, pues en el procedimiento de separación se le asignó esa función con la conformidad del actor. A mayor abundamiento los menores, en las

entrevistas mantenidas con el equipo psicosocial, han expresado su voluntad de seguir conviviendo con la madre y contactar con el padre de la manera que se viene haciendo, es decir los fines de semana alternos. La incapacidad física que presenta el hijo menor llamado Pablo, y que ha provocado la realización de importantes obras de adaptación en la vivienda en la que convive con su madre para amoldarla a sus limitaciones de movimientos, aconseja igualmente el mantenimiento del régimen de custodia que también propone el equipo psicosocial del Juzgado (folios 327 a 334) como el más beneficioso para los menores. Y especialmente para Pablo que está experimentando un trascendente proceso de adaptación tras el accidente. Es cierto que el recurrente aportó un informe elaborado por una experto psicóloga obrante a los folios 127 a 150, pero en dicho informe falta la valoración de la madre por lo que debemos de calificarlo de limitado frente al más completo elaborado por el equipo judicial. Los informes del Colegio al que asisten los menores en Valladolid (folios 300 y 301) acreditan su buen rendimiento académico lo que incide en lo acertado de la decisión judicial de mantener la custodia con su madre y su residencia en Valladolid.

GUARDA Y CUSTODIA

Cambio de custodia a favor del padre al acreditarse mediante la prueba pericial que la madre no está en condiciones de proporcionar a los menores un buen marco social, emocional y educacional y que los niños presentaban Síndrome de Alienación Parental.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Mar Alonso Martínez

Centra la controversia de la presente apelación la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad, Miguel nacido el 22 de diciembre de 1993 y Juan el 14 de mayo de 1996, que la sentencia de instancia confiere al padre, modificando medida que venía rigiendo y por virtud de la cual era ostentada por la madre.

La atribución de la guarda y custodia de los hijos es una de la cuestiones más delicadas de esta clase de procedimientos, es principio esencial, necesario e inspirador del dictado de cualquier medida relativa a los hijos, el que su interés y beneficio prevalezca por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres, de forma que el *bonnum filii* constituye un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que compagina con el constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39 de la CE).

De lo actuado resulta que en Sentencia de 10 de octubre de 2005, que disolvió por divorcio el matrimonio de los litigantes, se atribuyó la guarda y custodia de los hijos menores de edad a la madre, fijando un régimen de comunicación y estancias para el padre, progresivo. Existen diversas denuncias realizadas por el padre por incumplimiento de las visitas. En Sentencia de 13 de diciembre de 2005, dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Mataró, en juicio de faltas se condenó a la madre como autora responsable de una falta por incumplimiento de deberes familiares, y en Sentencia de 8 de julio de 2005 del mismo juzgado, en juicio de faltas se absolvió al padre de denuncia por supuestos malos tratos presentada por aquélla, que fue confirmada por Sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 2.ª, de fecha 2 de diciembre de 2005. Nuevamente en Sentencia de 13 de octubre de 2005, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Mataró, recaída en juicio de faltas se absolvió al padre de los hechos denunciados por la madre, de presuntas amenazas y vejaciones.

En el marco de esta conflictiva relación el SATAV, emitió informe en fecha 3 de agosto de 2005, en el que se destacaba que la madre contaminaba con sus vivencias las experiencias de los hijos y que el padre presentaba un proyecto educativo ajustado y coherente, aun presentado deficiencias en las habilidades para ejercitarlo de forma adecuada. Se valoraba la importancia de la recuperación del vínculo paterno-filial, evidenciándose que los menores estaban muy mediatizados por la actual dinámica familiar, aconsejando tutelar las visitas, revisándose según la evolución de los encuentros, considerando la opción del Punt de Trobada.

En informe de evaluación Psicológica de los menores, realizado por la Psicóloga Sra. Aren, el Catedrático de Medicina legal y forense Sr.

Huguet, y la Psicóloga Sra. Molina, de 20 de febrero de 2006, realizado sin la intervención del padre, según resulta de la propia metodología citada, se alude a que los menores presentan un estado de ansiedad permanente, existiendo una clara relación entre la situación familiar y dicho estado, que se acentúa cuando son separados del núcleo familiar habitual y deben convivir con el padre, aun por espacio corto de tiempo, situación vivenciada de forma traumática siendo su origen multifactorial. Se aconsejaba el replanteamiento del modelo con el que se establecía la comunicación con el padre, valorando conveniente una menor aritmética en la temporización de la comunicación y un escenario que viviesen como tranquilizador.

La Psicóloga, psicoterapeuta y mediadora familiar, designada como perito psicólogo en procedimiento de ejecución de títulos judiciales y de Modificación provisional de Medidas Definitivas, la Sra. Monjo, en fecha 10 de julio de 2006, expone que los niños son fóbicos, presentan miedos generalizados y su estado de fobia se ha trasladado al padre que ha sido investido de forma muy negativa, si bien su miedo desaparece con bastante facilidad cuando están juntos. Alude a que de acuerdo con ambos progenitores efectuó planteamiento de actuación para acercar a los niños paulatinamente al padre hasta normalizar la relación, si bien los cambios, según refleja, únicamente se produjeron de forma muy ligera considerando que el cambio de guarda y custodia es una opción a tener en cuenta.

En informe de la mentada profesional, de 5 de septiembre de 2006, tras haber pasado los menores con el padre un mes, se valora que dicha estancia ha sido muy positiva, y que la relación paterno-filial ha empezado a recuperarse satisfactoriamente, aunque los menores se encuentran aún atrapados en un conflicto de lealtades, la influencia del padre sobre los hijos en ese mes los ha ayudado a crecer en su autonomía, según se expone, considerando necesario que el contacto padre-hijos no se interrumpa, debiéndose normalizar el régimen de visitas.

En fecha 14 de septiembre de 2006, el juzgado de instancia, en autos de ejecución de sentencia, acordó fijar como régimen de visitas de los menores, con el padre, los fines de semana alternos y la mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, requiriendo a D.ª M.ª Trinidad a fin de que se abstuviera de realizar acciones o proferir expresiones que impidiesen o dificultaran la relación del padre con los hijos, con apercibimiento de que en caso de incumplimiento ello pudiera determinar un cambio en la custodia de los menores, si el interés de éstos así lo aconsejara.

En la vista celebrada en primera instancia el 24 de noviembre de 2006 la Psicóloga Sra. Monjo manifestó su consideración de que la madre no está en condiciones de proporcionar a los menores un buen marco social, emocional y educacional y que los niños presentaban Síndrome de Alienación Parental, del que esperaba hubieran mejorado.

En comparecencia celebra el día 6 de marzo de 2007, a la que fueron citadas las partes, los menores y la Sra. Monjo, a fin de estar presente en las declaraciones de la familia, la misma informó sobre la permanencia del Síndrome de Alienación Parental, aconsejando que los niños pasaran a vivir con el padre y que el cambio de guarda, sería positivo, aún cuando no gustase a los mismos.

Como esta Sala ha expresado en otras resoluciones, entre ellas Sentencia de 25 de enero de 2007, entre las circunstancias a tener en cuenta para atribuir la custodia de los menores, destaca la comprobación de quien es el progenitor que mejor asegura el mantenimiento pacífico de las relaciones con aquel otro que no haya de ostentar la custodia, siendo un derecho fundamental del niño mantener relaciones estrechas de afecto con sus dos progenitores, de forma que las conductas de uno de ellos tendentes a dificultar o impedir tales relaciones, que pueden derivar en una verdadera y real enfermedad mental, el síndrome de alienación parental (SAP) deben ser objeto de especial atención por los tribunales, para facilitar la recuperación de la situación emocional de los menores.

Valorando la situación existente en el supuesto de autos y los hechos y datos expuestos, esta Sala comparte el criterio de la juzgadora *a quo,* considerando procedente el cambio de la guarda y custodia que acuerda, atendiendo a la situación emocional de los menores, a la existencia del SAP, y al beneficio que para los niños puede reportar dicha medida, viniendo además acordado en la sentencia de instancia el seguimiento psicológico de la familia, por la Psicóloga Sra. Monjo, que ha venido ya intervenido con la familia, habiendo sido designada perito psicólogo, con emisión de informes cuatrimestrales al juzgado.

En consecuencia no procede la estimación del recurso de apelación en cuanto a la atribución de la guarda y custodia de los hijos.

GUARDA Y CUSTODIA

Se suspende el ejercicio de la patria potestad a ambos padres y se otorga la guarda y custodia de la menor a los tíos paternos al seguirse unas diligencias penales contra los padres por la participación de la menor en grabaciones de los vídeos con contenido erótico, desestimándose la petición de la comunicación telefónica entre la menor y su madre.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

Se otorga la guarda y custodia de la menor Lina a los tíos paternos, doña Carmen y don Pedro Antonio.

Se acuerda la suspensión en el ejercicio de la patria potestad a ambos padres, así como la asunción de la tutela por parte de los tíos paternos, quienes deberán responsabilizarse de la menor, en todos los órdenes, material y afectivo. Igualmente, deberán procurar que la menor se relacione, bajo su supervisión y control con su progenitor, don Blas, sin que por el momento, se permita la convivencia en el mismo domicilio ni la pernocta con él en ningún lugar.

Los guardadores deberán igualmente responsabilizarse de que la menor mantenga el contacto telefónico, y pueda ver a sus abuelos maternos, sin que proceda fijar un régimen de visitas ya que no es objeto de este procedimiento, pero pese a ello, dentro de sus obligaciones como guardadores y responsables de la menor, deberán facilitar esas visitas. No así con la madre, mientras no finalice el procedimiento penal, en función de cuyo resultado, deberá, si le interesa, iniciar un procedimiento de modificación de medidas.

Dado que se fija la convivencia de la menor Lina con doña Carmen y don Pedro Antonio, éstos deberán, para el curso 2007-2008, matricular a la niña en un Centro Escolar cercano a su domicilio.

Por otro lado, la menor deberá seguir con la terapia (en red sanitaria pública, como de hecho, está haciendo) debiendo poner en conocimiento de este Juzgado, el Centro donde la va a realizar, una vez se traslade a Torrejón, debiendo dicho centro emitir informes con una periodicidad trimestral.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que se autorice a la madre a comunicar telefónicamente con la hija, de una manera progresiva, al tiempo que, por otra parte, interesa que la pensión de alimentos, a cargo de la misma, se establezca en el importe de 50 euros mensuales; advierte de la falta de prueba de la participación de la menor en las grabaciones de los vídeos con contenido erótico, teniendo en cuenta la escasa credibilidad de la hija, manifestando que no es positivo alejar totalmente a la hija de la madre, restando importancia al comportamiento familiar y personal de la madre, no buscándose nunca perjuicio alguno para la hija, y haciendo mención a lo manifestado por la perito psicólogo en el acto de ratificación de la prueba pericial, sobre la posibilidad de la comunicación entre ambas, y teniendo en cuenta que puede transcurrir mucho tiempo hasta tanto se resuelva definitivamente el procedimiento penal.

Por último, se advierte que la esposa no trabaja.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

No es necesario reiterar los argumentos expuestos en la sentencia apelada, que ha determinado la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones entre la madre y la hija, en todos los aspectos, y hasta tanto finalice de modo definitivo el proceso penal, y sin perjuicio de autorizar las comunicaciones telefónicas de dicha hija con los abuelos paternos, y teniendo en consideración que la custodia se ha otorgado a los tíos paternos de la menor, suspendiéndose el ejercicio de la patria potestad de ambos progenitores, aun advirtiendo que es necesario propiciar la relación de la menor con el padre, precisamente a través de dichos contactos telefónicos con los abuelos paternos, aún sin fijar un concreto régimen de visitas, al tiempo que se indica la necesidad del mantenimiento del tratamiento terapéutico que debe recibir la menor, con el oportuno seguimiento, a través de la emisión de los correspondientes informes periódicos, por trimestres.

En este sentido, habida cuenta de la existencia de un procedimiento penal que se tramita contra la madre, por un presunto delito contra la integridad sexual, afectante a la menor, no siendo necesario reproducir las circunstancias fácticas que han

determinado la apertura de dicho proceso penal, y al margen de determinar de modo definitivo las responsabilidades correspondientes, es lo cierto que, por ahora existen motivos sobrados para mantener la medida acordada en la sentencia apelada, y puesto que las propias medidas establecidas en la sentencia, que prescinde de los progenitores en relación a la custodia, a la patria a potestad, a las visitas, ya definen la problemática personal y familiar que se ha vivido el grupo, por distintas razones en lo que se refiere a los progenitores de la menor, no siendo aconsejable por el momento la reanudación de comunicación alguna entre esta última y la madre, y sin perjuicio de la evolución de futuro de la situación afectante al grupo familiar, y, en especial, a la menor, una vez se obtengan resultados positivos del tratamiento terapéutico que debe recibir, de manera que estando en situación de riesgo la integridad física o psíquica de la menor, no se advierte las consecuencias positivas para esta última de la implantación, inmediata, de los contactos telefónicos entre esta última y la madre.

Por ello, y conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, en relación con lo establecido en el artículo 39 de la Constitución, y los artículos 90 y concordantes y, en especial el artículo 94 del Código Civil, es lo procedente, desestimando el recurso interpuesto, confirmar la sentencia apelada en este apartado.

GUARDA Y CUSTODIA

El cambio de residencia operado al trasladarse los niños junto a su madre desde El Tiemblo, lugar en que estaban escolarizados y hacían vida en todos los ámbitos, hasta el Puerto de Santa María, no supone una ruptura intolerable y necesariamente lesiva de sus intereses, ya que basta recordar que los menores tienen sus raíces familiares en aquel entorno al que se desplazaban en los períodos vacacionales.

AP ÁVILA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Rodríguez Duplá

La ruptura de la convivencia obliga a determinar cuál de los padres ha de ejercer de manera inmediata los deberes de guarda y custodia impuestos por el artículo 154.1, y el criterio rector es el beneficio o interés de los hijos. La sentencia recurrida atribuyó la guarda y custodia de los menores Luis Miguel, Juan Jesús y Beatriz –que respectivamente cuentan 13, 10 y 8 años– a la Sra. Catalina, con apoyo en argumentos que no desvirtúa el recurrente por mucho desacuerdo que le embargue. Así, el cambio de residencia operado al trasladarse los niños junto a su madre y desde el Tiemblo, lugar en que estaban escolarizados y hacían vida en todos los ámbitos, hasta el Puerto de Santa María, no supone una ruptura intolerable y necesariamente lesiva de sus intereses, y a favor de esta conclusión basta recordar que los menores tienen sus raíces familiares en aquel entorno, conocido por ellos en períodos vacacionales, y que la desintegración del núcleo familiar primario se verá compensada por la proximidad de sus abuelos paternos y maternos, de tal forma que los peligros de quiebra en su bienestar y estabilidad personal que observa el apelante no parece sean reales. Si a esto unimos que, siendo ambos progenitores idóneos para la guarda y custodia de sus hijos, la Sra. Catalina dispone de mucho más tiempo para dedicar a su cuidado, como ha venido haciendo desde que nacieron, pues no desarrolla trabajo fuera del hogar, hemos de concluir que la decisión de la Juzgadora fue la correcta.

RÉGIMEN DE VISITAS

Desde que se dictó la sentencia de separación, la madre no ha ejercido el derecho de visitas acordado de forma efectiva, y salvo llamadas telefónicas y contactos puntuales apenas ha tenido relación con el menor, por lo que procede la supresión de dicho régimen.

AP CUENCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando de la Fuente Honrubia

Comenzando por la primera de las cuestiones, es decir la supresión del régimen de visitas en su día acordado a favor de la madre, tiene manifestado esta Audiencia Provincial en numerosas resoluciones que cualquier medida a tomar en el seno de un procedimiento de crisis matrimonial, o en cualquier ámbito o procedimiento civil concerniente a los menores de edad, habrá de ser adoptada teniendo como criterio de decisión preponderante o parámetro esencial de lo resuelto el preferente interés del menor. Es en este sentido muy claro el artículo 92 del Código Civil cuando señala que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. El artículo 94 del mismo Código establece, como no podía ser de otro modo, el derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores para visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, en el tiempo, modo y lugar que para el ejercicio de este derecho señale el Juez. No obstante, advierte el mismo precepto, se podrá limitar o suspender el derecho aludido si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

En otro nivel, el artículo 39.4 de la Constitución indica que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, estableciendo la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que la Humanidad debe al niño lo mejor que ésta pueda darle.

Acreditado que la separación conyugal se debe a la pérdida de la *affectio maritalis,* el criterio del *favor filii* debe prevalecer en casos como el presente para determinar cuál de los padres es merecedor de encargarse de la custodia de los hijos menores, sin que esto suponga ningún género de reproche para el padre no custodio, sino que la cuestión debe resolverse atendiendo a lo que mejor resulte para los menores.

Desde estas premisas, ha de tenerse en cuenta fundamentalmente las circunstancias concurrentes en un orden fáctico en el presente caso. Desde que se dictó la sentencia de separación, la madre no ha ejercido el derecho de visitas acordado de forma efectiva, y salvo llamadas telefónicas y contactos puntuales, apenas ha tenido relación con el menor. En la exploración del menor llevada a cabo por esta Sala se observó que se trata un menor bastante ávido, sensato y con las ideas muy claras sobre el particular. El rechazo a la figura materna es manifiesto motivado sobre todo por una falta constante de contacto recíproco, reservado a momentos puntuales en los que el menor con motivo de cumpleaños u otras circunstancias similares ha recibido llamadas de su madre. La receptibilidad del menor a esas llamadas es nula puesto que afirma que se trata de llamadas que no son de su agrado por acabar siempre en descalificaciones o desarrollarse en un tono altisonante. Además en varias ocasiones refiere la existencia de episodios de maltrato hacia él por parte de su madre en los años anteriores a la separación matrimonial.

Por ello, entendemos y ahora en aras a la materia objeto del presente supuesto, integramos la escasa motivación de la sentencia de instancia sobre el particular, y entendemos que la supresión del régimen de visitas es adecuada, en atención a las circunstancias concurrentes, y al verdadero interés del menor que es el preponderante, no advirtiendo en la actualidad motivos por los cuales el mantenimiento (y diríamos prácticamente comienzo) del régimen de visitas repercutiera positivamente sobre el menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

De manera loable la sentencia del juzgado hace una triple distinción por edades, de tal forma que en función de los dos años, tres años y cinco años procura que la comunicación sea más prolongada en el tiempo, intentando la proporcionalidad en las fechas que el padre, como no custodio, podrá visitar al hijo.

AP SALAMANCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Longinos Gómez Herrero

Entrando a conocer el régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, que se impugna con la cita de diversas sentencias de esta Sala, fechas 16 de enero de 2002 y 3 de junio de 1997, pretendiendo refutar las medidas en cuanto a la edad del menor, que entiende que cuando se trate de un menor de cinco años no debe salir del entorno familiar donde el menor reside, alegando la distinta residencia del padre –en Valladolid– y la madre– Villares de la Reina-, así como el menor nació después de que sus progenitores habían roto la relación de pareja bajo cuya situación convivieron, debe destacarse que el régimen de visitas se debe adoptar siguiendo dos principios esenciales: uno, el interés prevalente del menor, y otro, la comunicabilidad de los progenitores con el hijo menor, de tal manera que pese a la edad del menor, no debe situarse la madre como baluarte defensivo del hijo con relación a la comunicación del padre, sino que a éste se le debe brindar la oportunidad de relacionarse con el hijo, cuando no existe impedimento moral o patológico que lo impida en perjuicio del menor.

Con esta perspectiva, la sentencia apelada razona la conveniencia de establecer contactos parentales fluidos y extensos, para lo cual, de manera loable, hace una triple distinción por edades, de tal forma que en función de los dos años, tres años y cinco años, procura que la comunicación sea más prolongada en el tiempo, intentando la proporcionalidad en las fechas que el padre, como no custodio, podrá visitar al hijo. Esa forma de proceder, a juicio de la Sala, se encuentra presidida por el logro de la intensificación del contacto del padre con el hijo, lo cual resulta acertado y concorde con los principios apuntados que deben regular las relaciones entre el padre y el hijo, que no pueden resultar desvirtuados porque el padre haya tenido, hasta este momento, escaso contacto con su hijo, lo cual refuerza el argumento de que la comunicación entre el padre y el hijo se debe establecer, y en este sentido la sentencia apelada se prodiga en razón y moderación, pues, incluso, por razones de justicia material, y el ánimo de evitar litigios, despliega un calendario de visitas progresivo en razón de la edad del menor, que resulta aceptable.

RÉGIMEN DE VISITAS

La precipitada imposición de un régimen de visitas resultaría contraproducente, al suponer un desestabilizante factor de quiebra del habitual entorno socio familiar de las niñas, las cuales se verían obligadas a permanecer con una persona que, al fin y al cabo, resulta una extraña en sus vidas, y a la que en ningún caso identifican con la figura paterna, dado que el padre jamás ha exteriorizado su deseo de obtener una aproximación paulatina a sus hijas.

AP CANTABRIA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Milagros Martínez Rionda

Los recursos del Ministerio Fiscal y de la demandante han de ser estimados en tanto en cuanto postulan la supresión del régimen de visitas establecido en la resolución combatida.

Hemos de tener en cuenta que la Sentencia de fecha 9 de enero de 2004 establece la privación de la patria potestad del padre en atención a una grave desatención de los deberes de asistencia económica

y personal de las menores, tomando como referencia los siguientes hechos probados: 1.º) Que Aroa nació el 4 de julio de 2001 y Janira el 8 de junio de 2002; 2.º) Que el padre abandonó el domicilio familiar el 23 de febrero de 2002, cuando aún no se había producido el nacimiento de su hija pequeña; 3.º) Que, desde entonces, las menores han estado al cuidado de la madre, sin que el padre haya hecho aportación económica para contribuir al sustento de las menores o haya intentado mantener contacto personal con las mismas.

Con estos antecedentes, el preponderante interés de las menores aconseja, a falta de concluyente prueba en contrario, la exclusión de un régimen de visitas, teniendo en consideración su corta edad y la absoluta falta de contacto previo con su progenitor.

La precipitada imposición de un régimen de visitas resultaría contraproducente, al suponer un desestabilizante factor de quiebra del habitual entorno sociofamiliar de las niñas, las cuales se verían obligadas a permanecer con una persona que, al fin y al cabo, resulta una extraña en sus vidas, y a la que en ningún caso identifican con la figura paterna, dado que el demandado jamás ha exteriorizado su deseo de obtener una aproximación paulatina a sus hijas, ni se ha preocupado de sus necesidades, ni, en suma, ha hecho gala de la voluntad necesaria para demostrarlas afecto o interés.

Todo ello, sin perjuicio de que, advertido un sustancial cambio en la actitud del progenitor, en relación al cumplimiento de sus obligaciones asistenciales para con sus hijas, este cambio puede dar lugar –una vez formalizada y acogida la anunciada pretensión de rehabilitación de la patria potestad– al establecimiento de un régimen de visitas que, en todo caso, parece conveniente que se inicie bajo supervisión psicológica y conforme a las pautas y cautelas que marquen los expertos.

RÉGIMEN DE VISITAS

Los sufrimientos de las hijas no son consecuencia de esa leve ampliación del régimen de visitas (pernocta de un día en semana), ya que el problema no son las visitas sino el comportamiento de los padres, fundamentalmente de la madre, que les hacen vivir dramáticamente el problema de la ruptura y culpabilizar a la nueva pareja del marido. Como la situación de las menores es preocupante, se acuerda un seguimiento de la situación con revisión dentro de un año para adoptar las medidas necesarias a fin de evitar los perjuicios de las menores, incluido, si fuera preciso, el cambio de custodia.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco José Carrillo Vinader

En el presente caso, desde el primer momento puso de relieve el demandado que lo que pretendía no era alterar los términos del convenio aprobado (no se pide el cambio de custodia, ni la supresión del régimen de visitas o la privación o suspensión de la patria potestad), sino puntualizar determinadas medidas para adaptarlas a la realidad y ajustar el convenio, ante los problemas detectados en su aplicación.

Así lo ha entendido el Juez de la primera instancia, accediendo a ampliar levemente el régimen de visitas entre semanas, permitiendo la pernocta de la hijas con el padre un día entre semana, el de las visitas de los martes, ampliando a los días no lectivos de los meses de junio y septiembre las vacaciones de verano que se han de repartir entre los padres, y ello porque tales medidas son beneficiosas para las hijas, porque favorecen el contacto con su padre, que es el progenitor no custodio.

La postura de oposición frontal de la madre se ha basado durante la primera instancia en negar la existencia de alteraciones sustanciales, argumento que se rechaza sobre la base de lo anteriormente dicho.

En esta alzada añade la apelante que el sistema de visitas entre semana resulta perjudicial para las menores, y para acreditarlo aporta dos informes periciales que así lo sostienen y los boletines de notas del colegio de las menores. Sin embargo, el dictamen de la perito adscrita a este Juzgado ha evidenciado que los sufrimientos de las hijas no son consecuencia de esa leve ampliación del régimen de visitas, sino del conflicto de pareja que viven

los padres y la transmisión que se hace del mismo a las hijas, sobre todo por la madre y su entorno familiar, siendo necesario que los padres se sometan a tratamiento terapéutico para superar el conflicto entre ellos existente y para establecer pautas que aúnen criterios en la educación de las niñas. El problema no son las visitas sino el comportamiento de sus padres, fundamentalmente de la madre, que les hacen vivir dramáticamente el problema de la ruptura y culpabilizar a la nueva pareja del marido.

Si el problema no está en el régimen de visitas y la situación de las menores es preocupante, lo que han de establecerse son medidas tendentes a la protección de las menores, acordando un seguimiento de la situación creada por el Juzgado, con revisión dentro de un año para adoptar las medidas necesarias para evitar los perjuicios de las menores, incluido, si fuera preciso, el cambio de custodia.

Esta Sala ha dado validez al informe de la psicóloga adscrita a esta Audiencia frente a los aportados por la apelante, en primer lugar por la objetividad de la perito, no dependiente de ninguno de los litigantes, y de otro porque es mucho más completo, ya que no se limita a examinar a las menores y a la madre, sino que el informe se hace tras entrevistas evaluativas de las niñas, de sus dos padres, test a todos ellos, recogida de información en el entorno escolar y estudio de la interrelación de las hijas con los dos núcleos familiares, llegando a conclusiones claras y firmes, como negar que el actual régimen de visitas sea la causa de los problemas de las menores, ya que siempre han tenido dificultades con los estudios y fue la ruptura matrimonial y las presiones que sufren del entorno materno las que causan las dificultades que presentan.

La recomendación hecha por la perito de variar al miércoles de toda semana el día de pernocta, para evitar situaciones de incertidumbre y dar regularidad y estabilidad a las menores se considera irrelevante, pues lo concedido en la sentencia de primera instancia es un día semanal, el martes, ya que el jueves alterno es sólo de visita, sin pernocta, con lo que no hay riesgo de que se produzcan confusiones en cuanto a cuál es el día de pernocta.

En cuanto al régimen de las vacaciones de verano, en la misma línea de favorecer las relaciones de las menores con sus dos padres, se debe confirmar la sentencia.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se entiende procedente fijar el régimen de visitas normalizado con pernocta desde los 2 años de edad no existiendo razón alguna para posponer dicho régimen estándar hasta que la menor cumpla los 3 años de edad.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

En efecto, ya en el propio auto de medidas provisionales se adelantó el régimen normalizado con pernocta desde los 2 años de edad de la niña, no existiendo razón alguna para posponer dicho régimen estándar hasta que la menor cumpla los 3 años de edad y no encontrando razones la Sala para no instaurar dicho sistema de comunicaciones desde la presente resolución, dado el desarrollo del régimen de visitas durante el cumplimiento de lo ya establecido, manifestando en este sentido, el interesado que se cuida de la menor con normalidad, demostrando condiciones de idoneidad para el cuidado y atención de la hija, dándole la comida y resolviendo adecuadamente los asuntos de la higiene de la menor, no existiendo, por ello, razones que aconsejen un régimen más restringido todo lo cual determina en este punto el acogimiento sustancial del recurso planteado revocando en este sentido la sentencia apelada y fijando un régimen de visitas normalizado instaurando ya desde la presente resolución la que establece la sentencia a partir de los 3 años de edad de la menor señalando también que a las comunicaciones de los fines de semana se les unirá los puentes correspondientes.

RÉGIMEN DE VISITAS

No existe ningún obstáculo para la pernocta en el domicilio paterno de un niño que en la actualidad tiene 20 meses de edad, sin que sea motivo para excluirla que el menor padezca asma, ya que no es un padecimiento que requiera de unas atenciones o cuidados que por su especificidad o complejidad sólo pueda dispensarlos la madre y no así el padre.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier Antón Guijarro

Por lo que hace referencia al primero de los motivos de la impugnación, la posibilidad de pernocta en el domicilio paterno de un niño que en la actualidad tiene 20 meses de edad, habremos de partir de los datos suministrados por el informe del equipo psicosocial en el que se expone que el padre don Germán es una persona de 24 años de edad que se muestra al corriente de los aspectos más importantes de su hijo y busca la información necesaria para poder asumir sus cuidados, reflejando una implicación adecuada en sus atenciones y un gran interés por mantener la relación afectiva. Se añade que el padre se mostró interesado, durante la entrevista mantenida con él, en asumir un régimen de visitas que incluyera la pernocta durante los fines de semana, terminando el equipo psicosocial por concluir que tanto la madre como el padre muestran la capacidad necesaria para asumir los cuidados de su hijo, contando los dos con apoyo familiar, así como que ambos presentan unas relaciones estrechas con el menor. Si aceptamos por lo tanto que ambos progenitores se encuentran en situación de igualdad para obtener la guarda y custodia de su hijo menor –aun cuando la Sentencia de primera instancia concede la guarda a la madre por haberlo solicitado así el esposo– habremos también de admitir que ambos se encuentran en las mismas condiciones de igualdad para tener en su compañía al niño durante las noches. No encontramos obstáculo alguno que lleve a excluir las pernoctas durante los fines de semana correspondientes a las visitas del padre con su hijo, pues el asma que efectivamente padece el menor no aparece como un padecimiento que requiera de unas atenciones o cuidados que por su especificidad o complejidad sólo pueda dispensarlos la madre y no así el padre. En definitiva, procede rechazar la apelación en este extremo y confirmar el régimen de visitas en su integridad tal y como aparece fijado en la resolución recurrida, lo que contribuirá por otra parte a estrechar los vínculos de afección entre el padre y el menor.

VIVIENDA FAMILIAR

La existencia de dos plazas de garaje en un edificio muy próximo a la vivienda familiar y la necesidad de su uso por la madre, cuyo lugar de trabajo requiere un desplazamiento diario, permite la atribución del uso de una de las plazas de aparcamiento, aunque sean propiedad privativa del esposo.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Almenar Belenguer

En cuanto al uso de las plazas de garaje, el recurrente alega que nada se dice ni en el escrito de demanda ni en el de contestación sobre tales plazas de garaje, las cuales, por otra parte, son de su exclusiva propiedad y radican en el lugar de Teixugueira, Mourente, mientras que la vivienda está situada en la CALLEooo núm. NÚMooo - NÚMoo1, por lo que no procede asignar ninguna a la demandada.

El argumento no se comparte porque, primero, aunque es cierto que en los escritos rectores no se contiene una referencia expresa a las plazas de garaje, no lo es menos que la letrada del demandante planteó la cuestión de la exclusión de las

plazas de garaje, al inicio de la vista y con ocasión de ratificarse en la demanda, y la letrada de la demandada se opuso alegando que dichas plazas constituían un anexo a la vivienda y que la atribución del uso de ésta incluía el de aquéllas; segundo, si bien el recurrente juega con la descripción de las fincas que se contiene en las distintas escrituras y de las que parece deducirse una ubicación diversa, un examen más detenido pone de manifiesto que, en realidad, la nave de dos plantas en la que se hallan las dos plazas de garaje está ubicada y tiene su acceso por la CALLE000 núm. NÚM002, es decir, se trata de un edificio casi colindante al inmueble en el que se encuentra la vivienda (cfr. los recibos acreditativos del pago del IBI); y, tercero, la propiedad exclusiva de las plazas de garaje no constituye una causa que imposibilite por sí un pronunciamiento sobre el uso, que quedará vinculado al de la vivienda.

En estas condiciones, la existencia de dos plazas de garaje en un edificio muy próximo a la vivienda familiar y la necesidad de su uso por la demandada, cuyo lugar de trabajo requiere un desplazamiento diario, lleva a corroborar la medida cuestionada.

VIVIENDA FAMILIAR

En casos como el presente en el que la vivienda es ocupada por varias personas, pero todas ellas constituyen una unidad familiar con el mismo interés que el demandado en la defensa de la posesión de hecho debatida, y que las acciones y defensas a esgrimir por todos ellos son las mismas, no concurre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no apreciarse la existencia de indefensión para aquéllos.

AP ALMERÍA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Martínez Abad

Frente a la sentencia de instancia que, acogiendo la acción de desahucio deducida en la demanda, condena a los demandados al desalojo de la vivienda que ocupan en calidad de precario, interpone uno de los codemandados recurso de apelación, a fin de que se revoque la resolución combatida y, en su lugar, se desestime la demanda en razón a los motivos que seguidamente se analizarán.

La parte actora-apelada, en trámite de oposición al recurso, solicitó la confirmación de la resolución recurrida.

Alega la apelante, como primer motivo del recurso, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario basada en la deficiente constitución de la relación jurídico-procesal al no haber sido demandada la hija menor del Sr. Clemente, que habita la vivienda litigiosa junto a su padre de manera que la sentencia que recaiga en este proceso, al que no ha sido llamada, puede tener importantes consecuencias jurídicas para ella que, de prosperar la acción ejercitada, se vería obligada a desalojar el piso sin haber tenido la oportunidad de defenderse.

Sin embargo, no podemos aceptar el criterio sostenido por el recurrente pues, como correctamente señala la sentencia de instancia cuya argumentación comparte esta Sala, pues constituye doctrina consolidada en el seno de las Audiencias Provinciales (vgr. SS. AP Barcelona, Sec. 4.ª de 12 de junio de 2007, Sevilla, Sec. 5.ª de 11 de abril de 2007, Valencia, Sec. 7.ª de 21 de febrero de 2007, Madrid, Sec. 21.ª de 1 de julio de 2005, por citar algunas de las más recientes) que en casos como el presente en el que la vivienda es ocupada por varias personas, pero todas ellas constituyen una unidad familiar con el mismo interés que el demandado o demandados en la defensa de la posesión de hecho debatida, y que las acciones y defensas a esgrimir por todos ellos son las mismas, no concurre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no apreciarse la existencia de indefensión para aquéllos. En definitiva, no es preciso dirigirse contra todos y cada uno de los miembros que componen la unidad familiar, al ser la condición de precarista del ocupante de la vivienda lo que determina el lanzamiento de los familiares que convivan en el inmueble pues la detentación de una finca por los familiares del demandado no es un hecho autónomo o independiente de la del padre,

sino que se inicia por ella y no se trata de una detentación en nombre propio de tales personas, sino por razón de la unidad familiar por lo que, no siendo detentadores independientes, no es precisa su presencia en el proceso ni concurre en consecuencia el supuesto de litis consorcio pasivo necesario.

Pero es más, el artículo 704.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil apoya directamente esta interpretación jurisprudencial de que los miembros de la unidad familiar se ven afectados por la orden judicial de desalojo dictada contra el familiar de que aquéllos dependen, como resulta de su mismo texto.

VIVIENDA FAMILIAR

No existen motivos para condicionar el uso de la vivienda familiar a que la ex esposa no contraiga matrimonio o relación análoga dado que tal pronunciamiento conllevaría una injerencia inadmisible en la vida privada del progenitor.

AP CUENCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando de la Fuente Honrubia

En cuanto a la impugnación del pronunciamiento relativo a la atribución de la vivienda conyugal a la esposa e hijas interesando su atribución condicionada a que no contraiga matrimonio o relación análoga ha de decaer igualmente. Dispone el artículo 96 del Código Civil 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.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

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.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

En aplicación de dicho artículo viene refiriendo la jurisprudencia que el mismo viene a establecer pautas de actuación judicial, que marcan la necesidad de amparar prioritariamente el interés de los hijos del matrimonio, pero sin que ello implique, de forma absoluta, imperativos de inexcusable cumplimiento bajo cualquier circunstancia, habiendo por el contrario de ser valorados, en cada caso concreto, los individualizados condicionantes concurrentes, lo que puede determinar, si bien excepcionalmente, la no atribución del domicilio al progenitor custodio de los hijos, sin que ello implique la vulneración del expresado precepto (así Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de abril de 2005).

Desde esta perspectiva desde luego no existen motivos para condicionar el uso de la vivienda familiar a las circunstancias que expone el recurrente, máxime cuando tal pronunciamiento conllevaría una ingerencia inadmisible en la vida privada de la progenitora materna de forma que el interés digno de protección dejaría de ser el de los hijos para constituirse en el propio y subjetivo del padre quien acepta el uso de la vivienda por su ex esposa en compañía de sus hijas, y sin embargo interesa que se le atribuya a él en el futuro si aquélla contrae matrimonio o comienza una relación análoga.

VIVIENDA FAMILIAR

Aunque en el convenio regulador la ex esposa se avino a compartir la vivienda de su propiedad con el ex esposo, hay que entender que la relación existente entre ambos permitía aquella convivencia, extremos que, sin embargo, no parece concurran en la actualidad ya que se producen constantes discrepancias en orden al disfrute de las distintas dependencias de la casa y el abono de los gastos que se ocasionan por el uso, por lo que procede atribuir el uso en exclusiva a la ex esposa.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La cuestión que se suscita como tema de fondo, objeto de debate habrá de ser resuelta conforme a las previsiones de los artículos 90 y 91 *in fine* del CC, según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, y significando en todo caso que el pleito de divorcio permite valorar *ex novo* cuanto acontece en la situación personal y/o económica de los interesados.

Se argumenta en la sentencia apelada que no concurren en los hechos objeto de cuestión, que se remontan a la sentencia dictada en anterior pleito, modificación alguna, y es lo cierto que a la vista de los antecedentes del caso y de las alegaciones realizadas en este procedimiento además de lo que se acredita en los autos, se pone de manifiesto que las circunstancias existentes al momento de realizar el convenio regulador han variado sustancialmente en cuanto entonces la ahora recurrente, se avino a compartir la vivienda de su propiedad con el *ex* esposo, entendiendo que la relación existente, entonces, entre ambos, permitía aquella convivencia, extremos que, sin embargo, no parece concurran en la actualidad.

Sin entrar a valorar los sucesos que ocurrieron durante la estancia del ahora recurrido en Inglaterra, y por los que el interesado fue absuelto en los tribunales ingleses, es lo cierto que los datos que aparecen acreditados en los autos, reflejan o de ellos se infiere, que aquella antigua armonía que permitía la estancia de los separados en el mismo domicilio, que por razones no suficientemente esclarecidas, ha desaparecido, produciéndose en el uso de la vivienda, en la actualidad, discrepancias por parte de los ocupantes de la misma en orden al disfrute de sus dependencias, su extensión o el abono de los gastos que su uso ocasiona.

Como quiera que el divorcio conlleva el cese de la convivencia matrimonial es claro que la normativa del artículo 96 establece las medidas a adoptar con respecto a la vivienda conyugal, que en el caso que nos ocupa es de reducidas dimensiones, siendo así, que la aplicación de los artículos 1255 y ss. del CC, impide mantener lo acordado, por los interesados cuando las circunstancias tenidas en cuenta, en su momento para la adopción del acuerdo se hubieren modificado, por lo que es claro que no cabe mantener contra la voluntad de una de las partes una convivencia no deseada, en el mismo domicilio, razones todas que determinan en este punto el acogimiento de este motivo de apelación debiendo por lo tanto, revocar, en este sentido la sentencia apelada.

PENSIÓN ALIMENTICIA

«El rehacer la vida y encontrar nueva pareja no constituye ningún suceso imprevisible» y tal «aumento de los gastos que tal situación supone debe ser prevista, y si se asume el tener un nuevo hijo se debe ser consciente de las cargas anteriores». A mayor abundamiento, no consta en qué medida reducirá los ingresos del apelante, semejantes a tres veces el salario mínimo interprofesional.

AP ZAMORA, SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Pazos Moncada

Interesa el actor, don Luis Andrés, en el escrito de demanda sobre modificación de medidas definitivas, la reducción a 150 euros de la pensión compensatoria de 360 fijada en el convenio regulador suscrito por ambos cónyuges en septiembre de 2005, y aprobado previa ratificación por Sentencia de Divorcio de 4 de octubre de 2005. Opuesta la demandada, doña Amelia, es desestimada la demanda. Frente a ello, se alza don Luis Andrés quien, basándose en error en la valoración de la prueba, recurre todos los pronunciamientos e interesa la revocación y estimación de la demanda. Al recurso se opone la demandada.

El artículo 100 del Código Civil establece que una vez fijada la pensión y las bases de actualización en las Sentencias de separación y divorcio, sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, diferente de la alimenticia. La compensatoria tiene una función reequilibradora entre los cónyuges, aunque no pretende ni mucho menos la igualdad entre los patrimonios de ambos. Así, a diferencia de la alimenticia, no se fija en función de las necesidades de cada uno, sino de la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de ambos, conforme al artículo 97 del Código Civil, en interpretación dada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de febrero de 2005: el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo.

El planteamiento se centra, pues, en determinar si la disminución de caudal de don Luis Andrés o el aumento del de la que fue su esposa resultan de suficiente entidad para considerar restablecido el equilibrio patrimonial entre ambos y alterar lo establecido en el convenio inicial.

Argumenta el recurrente que sus gastos han aumentado por el nacimiento durante el proceso de una segunda hija con persona diferente de la apelada. Y este incremento resulta incuestionable. Sin embargo, «el rehacer la vida y encontrar nueva pareja no constituye ningún suceso imprevisible» y tal «aumento de los gastos que tal situación supone debe ser prevista, y si se asume el tener un nuevo hijo se debe ser consciente de las cargas anteriores» (entre otras, S. de Audiencia Provincial de Ciudad Real de 16 de junio de 2003), máxime cuando se trata de una pensión que solamente va a ser temporal, como la que nos ocupa.

A mayor abundamiento, no consta en qué medida reducirá los ingresos del apelante, semejantes a tres veces el Salario Mínimo Interprofesional.

En lo relativo al paisaje laboral del actor, aun admitiendo las explicaciones del recurrente sobre el hecho de que cuando firmó el convenio su situación de paro no fue tenida en cuenta –porque afirma que esperaba inminente contratación–, resulta acreditado que en la actualidad le produce ingresos lo suficientemente importantes como para que se considere que, aun con la carga del nuevo hijo estimada en términos ordinarios de general conocimiento, continúa dicho apelante en situación muy superior a la que la pensión actual posibilita a la apelada.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La hija es mayor de edad, cuenta actualmente con 24 años, ha concluido sus estudios y trabaja en el asador de pollos de su abuela cinco días a la semana, de 10 a 16 horas, y percibiendo ingresos, según se dice de 20 euros al día, por lo que, dentro del procedimiento matrimonial debe declararse extinguida la pensión alimenticia.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Conocida ya la razón de ser de la presente alzada, queda constreñida a determinar si procede o no señalar en este procedimiento pensión de alimentos para la hija llamada Marta. Al respecto, dispone el artículo 152 del Código Civil en su número tercero que: «cesará también la obligación de dar alimentos, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia». Añade la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo, constante desde marzo de 1960, que: «este artículo excluye del derecho a alimentos no sólo a los que de hecho ejerzan un oficio, profesión o industria, sino también a los que puedan ejercerlos, posibilidad que ha de entenderse no a la mera capacidad o habilitación subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias»; o como se dice desde diciembre de 1992: «cesa la obligación de alimentos cuando el que los reclama está capacitado para realizar trabajos con cuyo producto pueda atender a sus necesidades.»

Partiendo de lo que antecede, de la legalidad vigente y doctrina jurisprudencial, citadas; del estudio de las actuaciones y de la valoración conjunta y objetiva de la prueba obrante en las mismas; cabe decir ya, que procede estimar el presente recurso de apelación en el sentido de declarar extinguido el derecho de la hija llamada Marta a percibir de su padre pensión de alimentos dentro de un proceso de patología matrimonial de éstos. En efecto, la indicada hija es mayor de edad, cuenta actualmente con 24 años de edad, ha concluido sus estudios y trabaja en el asador de pollos de su abuela cinco días a la semana, de 10 a 16 horas, y percibiendo ingresos, según se dice de 20 euros al día. Se insiste, ha cesado el derecho de esta hija a percibir alimentos dentro de un proceso de crisis matrimonial de sus padres; y ello, claro está, sin perjuicio del derecho propio de esta hija, Marta, para entablar por sí misma, por su mayoría de edad y por su plena capacidad jurídica y de obrar, el pertinente proceso de alimentos en el ejercicio de un derecho que le es propio y contra sus padres (litisconsorcio pasivo necesario) y si es que aún los precisa y puede acreditar su necesidad.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No podemos considerar como gastos extraordinarios las partidas que se reclaman por viaje de fin de estudios y carné de conducir, pues ni cabe darles tal calificación ni resultaban absolutamente necesarios, ni contaban, o al menos ello no se ha acreditado, con el consentimiento previo del padre, que no cabe confundir con el conocimiento que de las actividades realizadas haya podido tomar éste.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 4 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Bajo tales condicionantes no podemos considerar como gastos extraordinarios y, por ende susceptibles de integrarse en la presente ejecución, aquellos que ya se venían produciendo de modo regular y periódico durante la convivencia matrimonial, y que debieron ser ponderados, previa su alegación y prueba, a fin de cuantificar la prestación alimenticia mensual, cual acaece, y así se reconoce por la

ejecutante, con los relativos al grupo Scout o los cursos de idiomas.

Tampoco pueden merecer el encaje pretendido los relativos a la formación académica de los hijos, dado que tal partida se engloba necesariamente en las previsiones del referido artículo 142 del Código Civil, condicionando la cuantificación de la pensión alimenticia mensual. En último término, estos gastos ni resultan imprevisibles ni consta que, a los fines acordados en la sentencia de instancia, hayan obtenido el consentimiento previo del ejecutado, tal como se exigía en la referida resolución.

Lo mismo ha de predicarse de las partidas que se reclaman por viaje de fin de estudios y carné de conducir, pues ni, conforme a lo anteriormente expuesto, cabe calificarlos de extraordinarios, ni resultaban absolutamente necesarios, ni contaban, o al menos ello no se ha acreditado, con el consentimiento previo de don José Manuel, que no cabe confundir con el conocimiento que de las actividades realizadas haya podido tomar el mismo.

Razones todas ellas que nos llevan a compartir plenamente, desde la perspectiva de esta alzada, el criterio decisorio plasmado, en tal extremo del debate, en la resolución impugnada.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Es pacífico que la menor tiene diagnosticado un trastorno generalizado del desarrollo de tipo autista y, por tanto, la escolarización de la menor en un centro especial conlleva unos gastos que implican una alteración sustancial de circunstancias.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Montalbán Avilés

Desestima la demanda las pretensiones de la actora, que pretende una modificación de los efectos de la sentencia que fijó alimentos para el hijo común.

Considera el juzgador de instancia, de un lado que no se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en la resolución que acordó la pensión alimenticia y de otro, que el demandado carece de posibilidades de prestarla.

En relación con la primera cuestión, es pacífico que la menor tiene diagnosticado un trastorno generalizado del desarrollo de tipo autista y ello desde antes de la fijación de la actual pensión alimenticia.

La modificación de las circunstancias vendría determinada por la escolarización no gratuita de la niña.

En este sentido la documentación aportada por la demandante acredita, de un lado que en el colegio en el que estaba tenía carencias educativas (informe psicopedagógico), y de otro que ha sido conveniente escolarizarla en un centro que da respuesta a sus necesidades educativas, según determinación del organismo responsable de educación de la Generalitat Valenciana. El centro en el que se escolariza a la menor desde el curso 2004/2005 percibe una cuota mensual de 139 euros a lo que hay que añadir los gastos de transporte en torno a los 55 euros.

Pues bien la conveniencia, si no necesidad, de escolarizar a la menor en un centro que conlleva gastos frente a la gratuidad anterior, sí supone una alteración sustancial de las circunstancias. Ello es así por cuanto la gratuidad de la educación es en el Estado la norma general y si por cualquier causa, las prestaciones sociales no llegan a cubrir las necesidades educativas de Nuria, se produce una alteración en la normalidad, que desde ningún punto de vista puede decirse que fuese perfectamente previsible. Dicha necesidad no puede derivarse a la solidaridad social, ni a la tutela del Estado, sino que en primer lugar han de afrontarla los progenitores, artículos 154.1.º y 110 del CC.

De otro lado el incremento de los gastos que conlleva la educación de la niña de casi 200 euros mensuales, en economías precarias, suponen un esfuerzo notable, en nuestro supuesto tanto para el padre como para la madre que carece de empleo fijo.

La segunda cuestión la constituyen las posibilidades del padre, que la Jugadora considera nulas. De otro lado se insiste en el recurso en que carece en absoluto de ingresos y vive con sus padres como ocupación dice hacer cursos.

Ello no es así, el demandado aceptó en el año 2003 el pago de 180 euros mensuales que viene regularmente satisfaciendo. La prueba solicitada en juicio acreditó ingresos al menos durante los meses de octubre/2004, abril/2005. De otro lado se

trata de un hombre de 28 años al que no le consta limitación alguna. Por lo tanto su situación actual, al margen del mercado laboral, ha de considerarse eventual, máxime cuando ha de afrontar obligaciones como la que supone una hija menor además con necesidades especiales.

En este sentido como dice la SAP de Barcelona de 8 de julio de 2005 la pensión de alimentos a los hijos debe fijarse en todo caso, ya que no puede olvidarse ni ignorarse que el deber de dar alimentos es de derecho natural y es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 de la CE, amén de que tal deber resulta por modo inmediato del hecho de la procreación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad –artículo 154.1.º CC (...) y, por tanto, mentras los hijos sean menores de edad la obligación alimentaria por parte de los progenitores existe incondicionalmente, tal como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993, al proclamar que «el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia –así, artículo 145.3.º– y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando de la relación paterno-filial (artículo 110 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados, por lo que para el caso de hijos menores de edad resulta procedente la superación incluso de las pautas ordinarias de determinación de la pensión alimentaria, concediendo a los Tribunales un cierto arbitrio para su fijación valorando todas las circunstancias concurrentes», y de ahí que esta obligación que corresponde a todo progenitor nunca puede quedar vacía de contenido, y por ello, cual se expone en las sentencias mencionadas, ni la situación de paro del alimentante, ni el aumento de sus necesidades, ni la dejación de sus deberes parentales, puede llevar a un Juez o Tribunal a no fijar alimentos para los hijos menores de edad, máxime cuando tal obligación queda incólume, aunque se prive incluso a tal progenitor de la patria potestad.

En nuestro supuesto se ignora si el padre se ha incorporado a algún trabajo, pero consta su potencialidad para ello ya desplegada en algún período y por otra parte los cursos de capacitación son habitualmente subvencionados. No consta que la madre haya tenido variaciones en sus ingresos después de la sentencia que fijó los alimentos.

Se establecerá como contribución del padre a los alimentos de la hija la de 275 euros mensuales, que dadas las condiciones económicas del recurrido se devengará desde la fecha de esta actualización.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El desembolso efectuado por la ejecutante en concepto de calzado ortopédico para el hijo ha de incluirse dentro de los gastos extraordinarios que debe sufragar el progenitor no custodio.

AP ALMERÍA, SEC. 3.ª, AUTO DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Martínez Abad

Distinta consideración merece el segundo motivo del recurso en el que se solicita la exclusión como gastos extraordinarios de la factura de la ortopedia por la compra de calzado especial para el citado menor que asciende a la suma de 100 euros.

En este sentido, como acertadamente razona la Juzgadora de instancia en el Segundo Fundamento Jurídico de su resolución, los gastos extraordinarios de los hijos comprenden todos aquellos que sean necesarios o convenientes para atender a los cuidados de los menores, básicamente en los ámbitos educativo y sanitario, entendiendo por tales los que no sean sufragados por los sistemas públicos de enseñanza y Seguridad Social, aunque no en exclusiva pues también se encuadran en este concepto otro tipo de desembolsos de carácter excepcional, entre ellos los de celebración de bautizos o primera comunión o los de indumentaria para asistir a acontecimientos de esta clase, sin ánimo de ser exhaustivos habida cuenta que no se trata de establecer un *numerus clausus* cuando, por propia definición, se trata de gastos a menudo imprevisibles.

En definitiva, se consideran gastos extraordinarios todos aquellos que no sean previsibles ni se produzcan con frecuente periodicidad. Es, por tanto, un concepto indeterminado e inespecífico que no puede circunscribirse, como propugna el recurrente, a los gastos no cubiertos por los siste-

mas públicos de enseñanza y sanidad, siendo de cuantía ilíquida por su propia naturaleza, por lo que, al ser la patria potestad compartida, es preciso recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos y efectuar desembolsos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida o los estudios de los menores, conforme al principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia, buena fe y común acuerdo, guiados por el superior interés de los hijos y sólo cuando el consenso no sea posible habrá de recabar la decisión judicial dirimente, de conformidad con el artículo 156 del Código Civil.

Desde las anteriores premisas, es evidente que el desembolso efectuado por la ejecutante en concepto de calzado especial para el hijo ha de incluirse dentro de los gastos extraordinarios que debe sufragar el ejecutado-apelante como progenitor no custodio, sin que pueda aceptarse su pretensión de que la cantidad en tal concepto reclamada (100 euros) sea minorada en el importe de la subvención o ayuda que la Junta de Andalucía concede al personal a su servicio pues, amén de que no consta que tal ayuda sea otorgada automáticamente por su sola solicitud, es lo cierto que el solicitante ha de justificar previamente, según el texto de la Resolución de la Dirección General de la Función Pública que se acompañó al escrito de oposición a la ejecución, el gasto efectivamente desembolsado, y que en todo caso ha de repercutirse en el ejecutado, como obligado al pago de gastos extraordinarios, sin perjuicio de que, de percibir la madre dicha ayuda, deba detraer el importe de la misma, incumbiendo al ejecutado la cumplida acreditación de dicha circunstancia sobre la que ninguna prueba ha articulado.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El nacimiento de una nueva hija constituye un hecho relevante que afecta a la capacidad económica del padre, de suerte que, de mantenerse la cuantía de la pensión de alimentos establecida para los dos hijos nacidos de su anterior matrimonio, no podrá atender de igual modo los derechos de la nueva hija.

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Pilar Fernández Alonso

En el caso que nos ocupa consideramos que el nacimiento de Paula constituye un hecho relevante que afecta a la capacidad económica del Sr. Jesús Miguel de suerte que de mantenerse la cuantía de la pensión de alimentos establecida para los dos hijos nacidos de su matrimonio con la demandada, no podrá atender de igual modo los derechos de la nueva hija; viéndose en dificultades para dar a ésta el mismo *status* que disfrutaban los dos primeros, cuya pensión de alimentos a la fecha de presentación de la demanda ascendía a 963 euros al mes.

Ahora bien, la reducción consideramos que no puede alcanzar la cantidad pretendida por el recurrente de 642 euros al mes por los dos hijos, ya que la nueva pareja sentimental del Sr. Jesús Miguel trabaja y contribuye al mantenimiento de Paula.

Atendiendo a todas las circunstancias concurrentes fijamos en 800 euros al mes los alimentos para Sara Luna y Hugo, visto que también la Sra. Antonieta ha visto incrementadas sus retribuciones económicas en relación con la que percibía en el momento de la separación matrimonial (artículo 146 CC). Con la venta de la que fue vivienda conyugal ambos litigantes han adquirido nuevas viviendas el actor posee la mitad indivisa de dos junto a su actual compañera y la demandada una en propiedad exclusiva.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se fija pensión compensatoria a favor de la esposa teniendo en cuenta la dedicación que tendrá que prestar al hijo que presenta una minusvalía del 100%, lo que le impedirá el acceso al mundo laboral, ya que de producirse éste iría en detrimento de los cuidados que la madre presta al hijo común.

AP JAÉN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús María Passolas Morales

Respecto a la fijación de una pensión compensatoria limitada en el tiempo dicha pensión determinada en el artículo 97 del CC se sustenta en el desequilibrio económico de un cónyuge respecto del otro como consecuencia de la separación o divorcio, siendo factores para su materialización económica amén de los acuerdos entre cónyuges, la edad y salud, cualificación profesional y probabilidades de accesos a un empleo, dedicación pasada y futura a la familia, colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesión del otro cónyuge, duración del matrimonio y convivencia, la pérdida eventual de un derecho de pensión, así como el equilibrio o no entre calidad y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge.

En la Resolución de la instancia, no sólo son tenidos en cuenta los ingresos del esposo, sino además, la dedicación de la esposa al cuidado del hijo con una discapacidad del 100%, lo que impide el acceso al mundo laboral, externo a la familia, y que de producirse iría en detrimento de los cuidados que la madre depara al hijo común. Por lo que habrá de mantenerse el *quantum* y forma de pago que se constatan en la sentencia apelada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Las partes habían cesado en su convivencia conyugal desde hacía cuatro años antes de la presentación a la demanda, sin que durante todo ese tiempo la esposa reclamara pensión compensatoria, o estuviera imposibilitada para hacerlo, porque lo cierto es que ninguna prueba hay de que los trastornos de ansiedad que padece lo fueran de una intensidad tal que la incapacitaran para realizar la solicitud que ahora hace.

AP CANTABRIA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Bruno Arias Berrioategortua

La única cuestión suscitada en el presente recurso es la de si procede o no el establecimiento de pensión compensatoria.

Para su resolución cobra especial relevancia el dato de que la ruptura matrimonial se produjo cuatro años antes de que se presentara por la actora la demanda de divorcio. El artículo 97 del Código Civil establece que el derecho a la pensión surge a consecuencia del desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges con motivo de la separación o divorcio. Esa pensión tiene un carácter básicamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio en la posición económica de uno de los cónyuges respecto a la del otro y en relación con la que ambos venían disfrutando durante el matrimonio. En suma, la finalidad de esta pensión no es otra que evitar que la rotura o cesación de la vida conyugal suponga para uno de los cónyuges un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de esta relación. En consecuencia, como ya declaró este tribunal en su Sentencia de 5 de febrero de 2007, «si se produce una prolongada separación de hecho previa, en la que los cónyuges

vivan con independencia de sus propios recursos económicos, sin contar con la ayuda del otro, no cabe apreciar la existencia de un desequilibrio económico originado como consecuencia de la separación o el divorcio, por lo que es contrario a derecho el establecimiento de la pensión prevista en el artículo 97».

Esta consideración conduce a la desestimación del recurso ya que, como se ha señalado, las partes habían cesado en su convivencia conyugal desde hacía cuatro años antes de la presentación a la demanda, sin que durante todo ese tiempo la actora reclamara pensión compensatoria, o estuviera imposibilitada para hacerlo, porque lo cierto es que ninguna prueba hay de que los trastornos de ansiedad que padece, lo fueran de una intensidad tal que la incapacitaran para realizar la solicitud que ahora hace.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque la petición de pensión compensatoria se hizo en las medidas provisionales y en el auto resolutorio se dejó esa cuestión pendiente para la sentencia definitiva, debe resolverse la petición en la sentencia definitiva aunque no se formulase reconvención expresa.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Madaria Azcoitia

En la demanda de medidas provisionales se solicitó pensión compensatoria, que fue rechazada formalmente hasta la sentencia definitiva. Después el esposo interpuso la demanda de divorcio, en la que tras mencionar que el régimen económico del matrimonio es el de gananciales, suplica, entre otros, los pronunciamientos inherentes a una sentencia de divorcio. Del mismo modo la recurrente en el escrito de contestación postula razonadamente el establecimiento de una pensión compensatoria por importe de 300 euros mensuales.

Si se postula la pensión compensatoria no es necesaria la reconvención expresa, pues tal acción se incluye en el genérico y amplio marco de las relaciones económico-matrimoniales cuya resolución es preceptiva dentro del juicio de divorcio, como resulta de lo establecido en los artículos 90.F) y 97 del Código Civil, pues indudablemente esa carga constituye una variable de notable importancia, que no puede ser ajena al equilibrio del resto de las obligaciones y cargas económicas consecuentes al divorcio. Por ello si consta la pretensión, como se hizo expresamente en las medidas provisionales, y en el auto resolutorio se dejó esa cuestión pendiente para la sentencia definitiva, y en la contestación a la demanda presentada dentro del período de vigencia de las medidas provisionales se reitera esa pretensión de reconocimiento del derecho a una pensión compensatoria, se debe resolver en favor de analizar la acción y establecer si efectivamente procede esa prestación conforme a la situación económica de las partes.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El incremento de valor en el inmueble no es un hecho que pueda incardinarse en el concepto de alteración «sustancial» de las circunstancias que se tuvieron en cuenta, pues el bien ya se detentaba con anterioridad al establecimiento de la pensión compensatoria y fue tenido en cuenta para fijar su procedencia y cuantía.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco José Carrillo Vinader

Las razones en las que se sustenta la sentencia de primera instancia para declarar extinguida la pensión compensatoria establecida de mutuo acuerdo por los esposos al separarse son, de un lado, que la

esposa ha mejorado de fortuna, al haber vendido el inmueble que se había adjudicado en capitulaciones matrimoniales en 1999, adjudicación que se hizo por 7.000.000 pesetas, y que ha alcanzado luego el valor de 79.000.000 pesetas, siendo vendido en, al menos, 65.000.000 pesetas, sin que tenga trascendencia lo que dice haber entregado a favor de sus dos hijas, al no estar probado que edificaran en la finca ni que fuera procedente la accesión invertida. Por otro lado, el marido que tenía dos fuentes de ingresos (su trabajo en el Psiquiátrico y el que le proporcionaba su empresa de construcción), ha sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta desde 2001.

El artículo 100 del Código Civil prevé la modificación de la pensión compensatoria fijada sólo por «alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge».

En el caso examinado hay que partir de que la finca registral número NÚMooo del Registro de la Propiedad núm. 5 de Murcia ya había sido adjudicada a la esposa en capitulaciones matrimoniales realizadas durante el matrimonio (el 9 de febrero de 1999), antes de la ruptura de la convivencia, y por ello fue un dato que ya existía a la hora de pactar las medidas definitivas que habían de regir entre las partes al separarse, acordadas el 22 de septiembre de 1999. El incremento de valor en el inmueble no es un hecho que pueda incardinarse en el concepto de alteración «sustancial» de las circunstancias que se tuvieron en cuenta, pues el bien ya se detentaba con anterioridad al establecimiento de la pensión compensatoria y fue tenido en cuenta para fijar la procedencia y cuantía de la misma.

Por otro lado, no cabe duda porque lo reconocen todas las partes, que en la citada finca no sólo existía la que había sido vivienda familiar, sino también otras dos edificaciones, donde vivían con sus familias dos de las hijas del matrimonio. El propio Sr. Carlos Jesús lo ha reconocido durante su interrogatorio cuando afirma que esas casas las hizo él, y así lo confirman los testigos, añadiendo que la empresa del padre fue la que realizó las obras, pero que las hijas, casadas, fueron las que abonaron los costes de la edificación. Tal extremo viene ratificado por la documental aportada por la Sra. Pilar, en concreto por los documentos 14 y 18 de la contestación a la demanda sobre sanciones urbanísticas contra los promotores de dichas viviendas, los esposos de ambas hijas, y los recibos de gastos de agua, teléfono y electricidad que generaban el uso de tales viviendas.

Con independencia de lo anterior, no estamos realmente ante una cuestión de accesión invertida como erróneamente plantea la demandada en su contestación y analiza la sentencia, pues cuando se realizan las construcciones (1996) la finca era ganancial, y al haberse hecho las obras con capital ajeno, la edificación resultante también tenía aquel carácter, pero los que las llevaron a cabo, con buena fe (pues eran los hijos del matrimonio y se hicieron a la ciencia y paciencia de los propietarios), tienen un derecho de reembolso de los gastos realizados actualizados al momento de la devolución (artículo 1359 del CC), y eso es lo que la ahora apelante afirma haber hecho, dando 20 millones de pesetas a cada una de las hijas, y éstas lo confirman con su testifical.

En consecuencia, no estamos ante una donación graciosa que hace la Sra. Pilar a sus hijas, sino ante el pago de una deuda que pesaba sobre el bien que se había adjudicado, por lo que no puede tampoco aceptarse, por este motivo, que haya mejorado de fortuna con la realización de su propiedad, pues ha acreditado haber invertido lo conseguido en pago de deudas y en la adquisición de una nueva vivienda, más modesta.

PENSIÓN COMPENSATORIA

En cuanto a la convivencia *more uxorio* de la apelante con un tercero en el domicilio de éste, ha de entenderse que tal circunstancia se ha probado fehacientemente. Así lo declara el hijo de ambos cónyuges, cuyo testimonio no puede descartarse debido a un móvil vindicativo que no aparece justificado. Dicha convivencia la pone de relieve el informe de detectives, aun cuando se trate de un seguimiento de cinco días.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Martín del Peso

En cuanto a la convivencia *more uxorio* de la apelante con Lorenzo en el domicilio de éste, ha de entenderse que tal circunstancia se ha probado fehacientemente. Así lo declara el hijo de ambos

cónyuges, cuyo testimonio no puede descartarse debido a un móvil vindicativo que no aparece justificado. Dicha convivencia la pone de relieve el informe de detectives, aun cuando se trate de un seguimiento de 5 días, pero es que la admite la apelante en su recurso. Señala que le une una relación de amistad desde antaño con la familia de Lorenzo, lo que no es incompatible con la existencia de una relación sentimental que se remonta a un año atrás, y al propio tiempo afirma que ayuda a Lorenzo a la realización de las tareas domésticas y en ocasiones pernocta (según se indica como contraprestación), lo cual es poco creíble, pues una cosa es una relación de amistad entre la familia de la apelante y la de Lorenzo y otra distinta que de la amistad derive el cuidado doméstico de aquél, pernoctando en su domicilio. Se prueba, de las propias afirmaciones de la representación de la actora, que ésta convive en el domicilio de Lorenzo, por lo que, una vez acreditado este extremo, no cabe sino inferir que la convivencia es *more uxorio* y si obedece a otras razones, es la parte apelante quien debe acreditarlas y en modo alguno las justifica. Como afirma esta Audiencia en Sentencia de 4 de diciembre de 2001, esta Sala reiteradamente ha declarado que «si bien la prueba de la convivencia o relación incumbe al demandante, la demostración de que aquélla no reúne las características de estabilidad y permanencia que la convierten en relación de contenido asimilable a la matrimonial *more uxorio*...» o añadimos, que obedezca a otra causa que no sea la afectiva de pareja, corresponde a quien goza de tal situación, por la teoría de la facilidad probatoria, recogida por una constante jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 1997) y hoy positivizada en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que es la apelante la que cuenta con los datos capaces de determinar en cada momento la clase de relación que mantiene con una tercera persona...., y en similares términos se pronuncia la Sentencia de 13 diciembre de 1999. «... Probado este extremo, es decir, el de la convivencia, es perfectamente lícito y conforme a la naturaleza de las cosas deducir la existencia de una relación marital entre una y otra parte, si el acreedor no ha podido justificar ni explicar convenientemente el porqué de esa convivencia continuada y estable, de fácil prueba para él y de casi imposible acreditación para el contrario ...».

PENSIÓN COMPENSATORIA

Durante la separación de hecho el esposo abonó íntegramente la cuota hipotecaria del piso que constituye el hogar conyugal y es utilizado por la esposa, por consiguiente no puede decirse que hubo una independencia económica entre los cónyuges, estando totalmente justificada la fijación de una pensión compensatoria.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Martín del Peso

Son antecedentes de la cuestión debatida no impugnados los siguientes: el matrimonio ha durado 32 años, actor ha prestado constante matrimonio sus servicios para una empresa por la que percibe 3.600 euros, y a su vez la esposa interrumpió su actividad laboral en 1974, pero la reanudó en 1990 y desde el año 1997 desarrolla una actividad laboral constante para una empresa percibiendo 1.200 euros. Durante la separación de hecho (14 meses) el esposo abonó íntegramente la cuota hipotecaria del piso que constituye el hogar conyugal y utilizado por la demandante. El demandado afirma que la separación de hecho prolongada con independencia económica entre las partes impide el reconocimiento del derecho a la pensión compensatoria solicitada, pues cada uno ha contado con su propia fuente de ingresos y aun cuando superen los del demandado a los de la actora la finalidad de la pensión no es igualar patrimonios. En cuanto al derecho al percibo de la prestación del artículo 97 del Código Civil en supuestos de situación de independencia prolongada, es cierto que esta Sala en Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2007, ha declarado que el derecho a percibir de su esposo la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 CC, debido a la incidencia de una situación dilatada de cese de hecho en la convivencia, sin interferencias económicas entre los cónyuges, resolución que responde al criterio reiterado de esta Audiencia Provincial de Oviedo, a partir de la Sentencia de 25 octubre 1984, y reconocida entre otras por la de 15 de marzo de 1995 expresiva de que no existe desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal al entenderse que cada uno de los

cónyuges ha gozado de medios propios de subsistencia, por lo que mal se puede argumentar que la separación o el divorcio es determinante para quien la solicita de un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, *status* que en el peor de los casos sería el mismo, pero no agravado por la ruptura...; pero esta doctrina precisa la absoluta independencia entre los litigantes que no se da en el caso enjuiciado, en la medida que el esposo asumió durante aquel período el pago de la cuota hipotecaria consciente de la existencia de una situación de desequilibrio que la desigualdad de ingresos genera, aun cuando no sea finalidad de la pensión el equilibrio matemático de patrimonios. Es por ello que no puede acogerse el recurso del demandado, ni tampoco el de la actora ya que la temporalidad de la pensión no es un derecho excepcional ni en la actualidad tras la reforma del artículo 97 Código Civil que la contempla, ni para situaciones anteriores atendiendo a la más moderna jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005). En este caso ha de atenderse al desarrollo de una actividad laboral de la apelante desde 1990 sin que sea de recibo traer sólo a colación su actual colocación que data del año 1997. Es por ello que la capacidad laboral de la apelante hace entender que el desequilibrio no puede alcanzar la cuantía pretendida y se palía con el límite temporal fijado.

CONVENIO REGULADOR

El contexto en el que está expresado el término ropa en el convenio regulador, dentro de los gastos extraordinarios, permite concretarlo a los supuestos difícilmente previsibles y de naturaleza excepcional, lo que excluye las ropas de uso ordinario y los limita a ropas de equipamientos fuera de lo común (por ejemplo, comuniones).

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco José Carrillo Vinader

En orden a la interpretación del término ropa como gasto extraordinario, se afirma por la apelante que ha de comprender todas las prendas de vestir y que el padre dispone de bienes suficientes para atender tales gastos.

Ya se advirtió en el auto de esta Sala rechazando el recurso de reposición contra la inadmisión de documentos que no estamos ante una cuestión de alteración de circunstancias económicas, sino ante la interpretación del término empleado en el convenio, por lo que resulta irrelevante el caudal patrimonial del obligado a prestar alimentos.

El contexto en el que está expresado el término ropa, dentro de los gastos extraordinarios, permite concretarlo a los supuestos difícilmente previsibles y de naturaleza excepcional, lo que excluye las ropas de uso ordinario y los limita a ropas de equipamientos fuera de lo común (ej. comuniones).

CONVENIO REGULADOR

Estimación de la demanda de modificación de medidas al haber firmado posteriormente los cónyuges un convenio extrajudicial que reúne todos los requisitos para su validez, debiendo rechazarse la peregrina alegación de la demandada de que fue engañada, ya que dicha pretensión habría de instarse en el cauce procesal oportuno conforme a las prescripciones emanadas de los artículos 1265 y siguientes del CC.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 11 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Noblejas Negrillo

Trae causa el presente recurso del convenio regulador del divorcio de las partes de fecha 19 de julio de 2005, judicialmente homologado por la Sentencia de 6 de septiembre de 2005, en el cual, entre otros

extremos, pactaron una pensión alimenticia para la hija común a cargo del padre de 360 euros, se atribuía a la demandada e hija el uso de la vivienda conyugal y se liquidaba el régimen económico matrimonial en el sentido de que la mitad indivisa de dicha vivienda propiedad del hoy actor se adjudicaba a aquélla, la cual asumía el pago de la deuda pendiente y otras deudas. Como importe de la participación en el valor de la finca y parking del actor, la demandada debería abonar a la hija la cantidad de 42.000, con el interés legal; este pago se realizaría una vez la misma cumpliera los 18 años y se lo exigiera a su madre. El actor debía proseguir el pago de todas las obligaciones pecuniarias hasta tanto la adversa no inscribiera en el Registro de la Propiedad la sentencia de divorcio. Con fecha 28 de noviembre de 2005 las partes firman un nuevo convenio en el que, partiendo de que es a instancia de la Sra. María Purificación, renunciaban a la ejecución de la liquidación de la comunidad de bienes en los términos de aquel convenio, y como novación de los mismos, ella renunciaba a la adjudicación del que fuera domicilio familiar, cediendo todos sus derechos sobre el mismo al Sr. Luis, y obligándose a cuantos actos fueran necesarios para su efectividad, y aquél aceptaba la renuncia, recibía la adjudicación y asumía y se subrogaba en todas las obligaciones y derechos referidos en el anterior convenio; se dejaba sin efecto la participación sobre el valor de la finca de su hija; el hoy actor asumía el pago total pendiente del crédito con Caja Madrid, así como el préstamo personal suscrito con dicha entidad. Declaraban expresamente que tal convenio se trataba de una nueva liquidación del condominio en virtud de la autonomía de sus voluntades, que representaba para la Sra. María Purificación la percepción de 90.000 euros; con la percepción de dicha suma, que sería abonada el día en que se firmara ante Notario tal liquidación, la misma cedía su mitad indivisa al Sr. Luis. Finalmente la pensión alimenticia quedaba fijada en la cantidad de 300 euros.

En la demanda originadora de estas actuaciones el actor solicitaba se modificaran las medidas mencionadas según lo acordado en el segundo convenio. La demandada se opuso alegando que fue engañada y coaccionada por el actor para firmarlo. El auto hoy recurrido desestima la demanda de modificación por entender que el convenio carece de validez al no haberse ratificado y al no haber cambiado las circunstancias vigentes al tiempo de la sentencia que justifique la modificación, y contra el mismo se alza el apelante alegando que el auto infringe los artículos 1254 y ss. CC.

Nos encontramos en el caso con un convenio regulador que tiene el efecto jurídico de los actos propios, y que vincula a los otorgantes en materia probatoria de la cuestión debatida, incluso sin homologación judicial, como un negocio jurídico de Derecho de Familia, con plena y total virtualidad, al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 1255 y ss. CC, por lo que hemos de estimar el recurso que se examina. En efecto no podemos atender en este procedimiento la peregrina alegación de la demandada de que fue engañada por la adversa, pues ello, en su caso, habría de instar en el cauce procesal oportuno la nulidad de lo acordado conforme a las prescripciones emanadas de los artículos 1265 y ss. CC. Y no siendo contrario a las leyes, a la moral o al orden público, sino perfectamente lícito en cuanto a las medidas reguladas, la adjudicación de la vivienda, y la pensión alimenticia, rebaja de ésta acorde con las obligaciones asumidas por el apelante en el repetido convenio, es por lo que sin necesidad de mayores argumentaciones debemos revocar la resolución recurrida.

CONVENIO REGULADOR

En la cláusula séptima se pactó que la esposa percibiría el 20% de los ingresos anuales del esposo, en concepto de pensión compensatoria, cantidad que se incrementaría hasta un 30% cuando la esposa dejase de percibir la pensión alimenticia de los hijos. No cabe entender se altere la situación fáctica ni económica del esposo por el hecho de asumir la custodia del hijo o abonar al otro la suma necesaria para su manutención.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Recurre don Sebastián la Sentencia dictada en la instancia, suplicando su revocación parcial y se decrete la extinción de la pensión compensatoria establecida en Sentencia firme de separación de 16

de junio de 2005, o, subsidiariamente, se suprima el incremento del 10% fijado en el convenio por no darse en la situación actual los hechos pactados en su día en el mismo.

Sostiene el recurrente que concurre una nueva circunstancia no contemplada en el convenio de separación, cual es que ha asumido la guarda y custodia del hijo menor y que mantiene económicamente a los dos hijos mayores del matrimonio, lo que determina, teniendo que abonar, además, la pensión compensatoria a la demandada una situación económica injusta y abusiva, si se tiene en cuenta que ésta trabaja actualmente.

El recurso no puede prosperar.

El recurrente basa su recurso en un argumento que no puede deducirse del contenido de la cláusula séptima del convenio de separación de 19 de abril de 2005, ni puede aceptarse como el cambio de situación determinante de la modificación pretendida.

En la cláusula séptima se pactó que la esposa percibiría el 20% de los ingresos anuales del esposo, en concepto de pensión compensatoria, cantidad que se incrementaría hasta un 30% cuando la esposa dejase de percibir la pensión alimenticia de los hijos, y que se reduciría si ésta realizara algún tipo de actividad laboral en la mitad de los ingresos que por ella percibiese.

También pactaron en la Cláusula sexta que el actor abonaría, además de una pensión alimenticia para los hijos, todos los gastos de educación y formación de los dos mayores.

Actualmente, el hijo menor ha pasado a residir con su padre en Madrid, los dos hijos mayores viven en un piso alquilado a expensas del padre y la esposa trabaja desde el 15 de noviembre de 2005, cobrando unos 675 euros mensuales.

Se dan pues las condiciones estipuladas en la cláusula citada para el abono de la pensión compensatoria en la forma pactada no habiendo desaparecido el desequilibrio económico que ambas partes reconocieron concurría en la esposa al tiempo de la ruptura conyugal, debiendo significarse que no cabe entender se altere la situación fáctica ni económica del recurrente, por el hecho de asumir directamente los costes de los hijos o abonar a otro la suma necesaria para su manutención.

CUESTIONES PROCESALES

La denegación en la instancia de determinados medios de prueba, en cuanto decisión judicial hipotéticamente causante de indefensión a quien la propone, no encuentra, en nuestro sistema procesal, el cauce de subsanación postulado por dicha litigante, en los términos genéricos que recoge el artículo 465.3 de la LEC, que, sin embargo, habilita la posibilidad, en el supuesto de apelarse la resolución recaída en el pleito en que se produzca dicha denegación probatoria, de reproducir la misma pretensión en la segunda instancia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

De conformidad con lo prevenido en los artículos 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la nulidad de pleno derecho en todo caso y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

Bajo tales condicionantes legales no puede prosperar el primero de los motivos articulados por la recurrente, dado que la denegación en la instancia de determinados medios de prueba, en cuanto decisión judicial hipotéticamente causante de indefensión a quien la propone, no encuentra, en nuestro sistema procesal, el cauce de subsanación postulado por dicha litigante, en los términos genéricos que recoge el artículo 465.3 de la Ley 1/2000, que, sin embargo, habilita la posibilidad, en el supuesto de apelarse la final resolución recaída en el pleito en que se produzca dicha denegación probatoria, de reproducir la misma pretensión en la segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 460, y ello sin perjuicio de la decisión que, al respecto, haya de adoptar el Tribunal *ad quem* sobre la admisión o rechazo de tales medios probatorios.

CUESTIONES PROCESALES

No procede declarar la nulidad de actuaciones por falta de asistencia letrada, ya que el demandado tuvo conocimiento de la designación de letrado antes de la vista, por lo que debió actuar con la diligencia debida para propiciar el contacto con la letrada designada.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, ha solicitado la nulidad de actuaciones, con retroacción al acto de la vista en la instancia, dado que el propio interesado no tuvo la asistencia letrada y el abogado designado de oficio no conocía la fecha de la vista, de manera que no se ha podido plantear alegaciones ni proposición de prueba en dicha vista.

En cualquier caso, solicita que la pensión de alimentos se establezca en una cuantía más acorde a sus ingresos, en razón del salario que recibe la recurrente, y los gastos que debe afrontar, sobre alquiler y préstamo hipotecario.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, se opone a la nulidad interesada y solicita la confirmación en relación a la cuantía de los alimentos, en razón de los ingresos que percibe el recurrente, que superan los 1.300 euros mensuales.

Dispone el artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que «los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley, o por infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión».

Sin embargo, y en este sentido es de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional, (Sentencia 48/1986, de 23 de abril, entre otras), no es posible alegar la indefensión, como motivo de nulidad, cuando no se ha producido un perjuicio real y efectivo en los intereses del afectado por la decisión judicial, cuando se propicia la limitación de los medios de defensa no por la actuación indebida del órgano judicial, sino por la inactividad de la parte, o por la falta de diligencia procesal exigible del lesionado, en razón de una actuación desacertada, equívoca o errónea, y en lo que se refiere no solamente a la diligencia personal exigible al propio interesado, sino también a su representación y defensa, por lo que las eventuales lesiones resultantes de las relaciones entre el justiciable y su representación no son amparables constitucionalmente, y ello por la razón de que no son atribuibles a un Poder Público (Sentencia 112/1989, de 19 de junio).

Dicho lo anterior, es lo cierto que comienza procedimiento con la asistencia de abogado y procurador en favor del recurrente, designado particularmente tanto uno como otro.

Cierto es que con fecha de 29 de agosto de 2006, el Colegio de Abogados le comunica que sobre la solicitud de abogado por parte de aquél se da traslado a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, sin que el propio interesado comunique tal circunstancia al Juzgado.

Se celebra el acto de la vista con fecha de 5 de octubre de 2006, compareciendo el propio interesado con su procurador, y aun siendo cierto que se manifiesta por aquél que tiene reconocida la justicia gratuita, tal reconocimiento lo fue con fecha anterior al acto de la vista, de 8 de septiembre de 2006, lo que se comunicó al propio interesado el 12 de septiembre, al tiempo que la letrada designada, doña María Jesús Calvo Martín, le advierte de la necesidad de celebrar la correspondiente entrevista, en su despacho.

Es decir, el recurrente tuvo conocimiento de la designación de letrado antes de la vista, debió actuar con la diligencia debida para propiciar el contacto con la letrada designada, y de propiciar tal contacto antes de la vista, pues fue advertido por la propia letrada designada de la necesidad de celebrar una entrevista en el despacho para preparar la defensa y en su caso, proponer la prueba.

En definitiva, no puede prosperar la pretensión sobre nulidad de actuaciones, dado que no es achacable al órgano judicial la hipotética y teórica indefensión que se haya podido producir, sino a la inactividad y a la falta de diligencia del propio interesado.

Por todo cuanto antecede, se desestima la pretensión sobre nulidad de actuaciones.

CUESTIONES PROCESALES

La guarda y custodia conjunta no fue tema suplicado al órgano judicial de primera instancia, luego no puede ahora solicitarse con ocasión de la interposición de un recurso de apelación.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Conocida ya la razón de ser de la presente alzada, en la extensión y términos antes dichos por la expresión de los motivos que llevaron al recurrente a impugnar la resolución de instancia, es llegado el momento de dar respuesta correcta a las anunciadas pretensiones a la luz de la legalidad vigente, doctrina jurisprudencial y circunstancias concurrentes. Así, en primer lugar, por lo que se refiere al motivo relativo a la petición de una guardia y custodia conjunta para las partes, siguiendo los parámetros anunciados, cabe previamente recordar que el artículo 218 de la LEC dice que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Añade el artículo 456 de la LEC que: «en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formulas ante el Tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente y mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel Tribunal conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta ley, se practique ante el Tribunal de apelación». Pues bien, partiendo de lo que antecede del estudio de las actuaciones y de la prueba obrante en autos, procede desestimar este primer motivo del recurso pues la guarda y custodia conjunta no fue tema suplicado al órgano judicial de primera instancia; luego no puede ahora, en esta alzada pedirse *ex novo*. Al respecto, procede recordar la doctrina jurisprudencial existente, procedente de nuestro Tribunal Supremo, constante desde mayo de 1986, que dice: «no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, la pretensiones formuladas *ex novo* en el acto del recurso de apelación al ser trámite no procedente a tal propósito».

CUESTIONES PROCESALES

Los juzgados y tribunales españoles carecen de competencia internacional para conocer de una demanda de modificación de medidas acordadas en el procedimiento de divorcio seguido en nuestro país cuando la madre y las hijas tienen su residencia en Holanda, al ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento Europeo (CE 2201/2003).

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 15 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Que en fecha 12 de junio de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Collado-Villalba se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que estimando la cuestión de competencia promovida mediante declinatoria por la demandada doña María Inés, representada en juicio por el Procurador de los Tribunales don Ramón Felipe Moya Róspide, debo declarar y declaro que este Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Collado Villalba carece de competencia internacional para conocer de la demanda de modificación de medidas interpuesta por el Procurador de los Tribunales don José María Rodríguez Jiménez, en nombre y representación de don Gabriel y origen de la presente causa, sin realizar expresa condena en las costas causadas.

La dirección letrada de don Gabriel se alzó contra la resolución recurrida reclamando su revocación y en su virtud se acuerde desestimar la declinatoria, continuando con la tramitación del presente procedimiento hasta dictarse sentencia por el Juzgado de primera instancia núm. 2 de Collado Villalba estimando la demanda de modificación de efectos de divorcio, mientras que la dirección letra-

da de doña María Inés pidió la confirmación del auto de instancia condenando a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada por su manifiesta temeridad y mala fe.

La cuestión suscitada consiste en determinar si el juzgado de primera instancia núm. 2 de Collado-Villalba tiene competencia internacional o jurisdicción para conocer de la demanda de modificación de medidas presentada por la representación de don Gabriel el 3 de abril de 2006. Para el análisis de la cuestión suscitada hay que tener presente los siguientes datos: el matrimonio celebrado el 12 de abril de 2001 tuvo dos hijas Julia Susana nacida el 29 de diciembre de 2001 y Emma María nacida el 23 de mayo de 2004, el último domicilio familiar se ubicó en Galapagar, el 14 de agosto de 2004 la madre se marchó con las menores a Holanda sin recabar el consentimiento del demandante, el 13 de abril de 2005 el Tribunal de Utrech declaró que las hijas habían sido retenidas ilícitamente en Holanda, el 3 de noviembre de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Collado-Villalba se dicta la sentencia de divorcio de los litigantes que atribuye entre otras medidas la guarda y custodia de las dos menores a la madre que tenía su domicilio y lo sigue teniendo en Holanda.

La parte apelante destaca la retención ilícita de las hijas del matrimonio, lo cual fue declarado por el Tribunal de Utrech pero ello no servirá para acoger la pretensión revocatoria de la parte apelante ya que se dan los siguientes requisitos previstos en el artículo 10 del Reglamento (CE 2201/2003) que excluye la competencia del órgano jurisdiccional español: a) que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro, b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno, c) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor. Este requisito concurre no sólo por la sentencia de divorcio sino también por el auto de medidas provisionales de 13 de abril de 2005.

La parte apelante esgrime que debemos acudir a la competencia establecida para este tipo de procedimientos que se recoge en el artículo 3 del mencionado reglamento. Ello no es así, ya que este precepto regula la competencia en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, en el supuesto enjuiciado el divorcio ya ha sido declarado y por lo tanto los efectos que se reclaman en la demanda de modificación de medidas hay que englobarlos en la responsabilidad parental definida en el artículo 2.7, a la que se refieren los artículos 8 y 12 del Reglamento. Alega la parte apelante en apoyo de su pretensión revocatoria el artículo 12, pero en el apartado 1 no concurre el requisito b) es decir que la competencia de los órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor. En el apartado 3 de este artículo es notorio que concurre el requisito a) pues hay una estrecha vinculación de las hijas a España pero también es patente que no concurre el requisito b) es decir que la competencia haya sido aceptada expresamente o de forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisidiccional y la competencia responda al interés superior del menor. En este punto la parte apelante manifiesta que ambas partes han seguido sometiéndose expresamente a este Juzgado, citando los procedimientos 789/2005 y 794/2005, pero esto no puede desvirtuar la conclusión anterior, ya que la aceptación de las partes tenía que ser al procedimiento de modificación de medidas iniciado con la demanda presentada por la representación de don Gabriel el 3 de abril de 2006.

En base a todo lo expuesto y de conformidad con el artículo 8 del Reglamento tantas veces citado que establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de los menores que residan habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional, hay que concluir que la decisión contenida en el auto recurrido es ajustada a Derecho.

CUESTIONES PROCESALES

Competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio entre un español y una cubana que nunca residieron juntos dándose la circunstancia de que la esposa tiene su domicilio y residencia fija en La Habana.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, AUTO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Mercedes Guerrero Romeo

El Auto recurrido inadmite a trámite la demanda promovida por la procuradora Sra. Carrasco en nombre y representación de Bruno argumentando conforme al artículo 769 LEC que nos encontramos ante un trámite contencioso, no existe domicilio conyugal puesto que los cónyuges nunca residieron juntos, y que la demandada tiene su domicilio y residencia fija en La Habana, debiendo aplicar el fuero del domicilio del demandado, con preferencia en el artículo mencionado al del demandante.

El actor impugna el auto por entender que la juez *a quo* no aplica correctamente el artículo 769 LEC, y que confunde jurisdicción de los Tribunales Españoles con la competencia territorial para conocer del asunto.

En efecto, conforme dispone el artículo 22.3.º LOPJ, los Juzgados y Tribunales españoles son competentes para conocer en el orden civil en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio: cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda; cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España; y cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.

Por tanto, nada impide que sean los Juzgados y Tribunales españoles los que conozcan de la presente demanda puesto que quien la solicita es español con residencia habitual en España.

Una vez determinada la jurisdicción de los Tribunales españoles, procede analizar el Juzgado con competencia para conocer del divorcio, y al efecto resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 769 LEC, será competente el juzgado de Primera Instancia del domicilio conyugal. Pero, en caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será competente, a elección del demandante o de los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, el del último domicilio del matrimonio o la residencia del demandado. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos, podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante. Y si tampoco pudiere determinarse así su competencia, corresponderá ésta al Tribunal del domicilio del actor.

Este precepto debe interpretarse en relación con el artículo 22.3.º LOPJ, partiendo de que el divorcio debe conocerse por los tribunales españoles, debe ahora determinarse qué juzgado conocerá de la causa, y por exclusión, resulta de aplicación el último apartado, corresponde la competencia al Tribunal del domicilio del actor. Esta interpretación resulta acorde con lo establecido en el artículo 50.1.º LOPJ, quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España, podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste, y si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor.

En consecuencia, la Sala estima que resulta competente territorialmente para conocer el divorcio entre don Bruno y doña Eugenia el juzgado de Primera Instancia núm. 4 (familia) de Vitoria por ser el que corresponde al domicilio del actor, y ello partiendo del hecho incontrovertido y asumido por toda la jurisprudencia de que aunque el matrimonio se haya celebrado en Cuba, y la esposa nunca haya residido en España, corresponde conocer del divorcio a los Jueces y Tribunales Españoles.

CUESTIONES PROCESALES

El juicio o vista civil a la que se refiere el artículo 49 bis de la LEC es la correspondiente al procedimiento principal, que es el que convoca a las partes a la celebración de vista de conformidad con lo previsto en el artículo 770 de la LEC.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 5 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Mar Alonso Martínez

La cuestión a resolver no es tanto la de determinar si la expresión contenida en el artículo 49 bis de la LEC «fase del juicio oral» viene referida al procedimiento civil o penal, existentes, pues la causa del conflicto no radica en tal circunstancia, constituyendo interpretación doctrinal mayoritaria que viene referido al procedimiento civil. Ahora bien, existiendo en el procedimiento civil, de divorcio, también petición de Medidas Provisionales, debe aclararse en qué momento se produce en el proceso civil la «fase de juicio oral», sí cuando se cita a las partes a la comparecencia de Medidas Provisionales o bien cuando se efectúa en los autos principales, la citación para la vista.

Pues bien, la expresión de inicio de la fase de juicio oral debe entenderse referida al procedimiento principal, en el que se sustancia la acción ejercitada y del que el proceso de medidas constituye pretensión coetánea y sometida al ejercicio de dicha acción principal, de forma que no puede existir éste ni no existe aquél, mientras que podrá sustanciarse procedimiento de divorcio, sin pretensión de Medidas Provisionales, por lo que cualquier referencia a una fase procesal alude al procedimiento principal. Ello determina que el juicio o vista civil a la que se refiere el artículo 49 bis de la LEC, sea el juicio o vista del procedimiento principal, que es el que convoca a las partes a la celebración de vista de conformidad con lo previsto en el artículo 770 de la LEC.

Lo expuesto determina que cuando el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Hospitalet de Llobregat dispuso la remisión de las actuaciones a Instrucción núm. 5 de esa misma localidad, de Violencia sobre la Mujer, actuó de forma ajustada a derecho, tras ser requerido de inhibición, no habiendo alcanzado la fase de juicio oral, pues en los autos principales, no se había aún dispuesto la citación para la vista.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer de esta ciudad, centra la argumentación que determina la no aceptación del procedimiento que le remitió el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Hospitalet de Llobregat, además de que en los autos de Medidas provisionales se había señalado día para la comparecencia prevista legalmente, cuestión ya resuelta en el fundamento que precede, en que la causa penal existente, iniciada por denuncia de la Sra. Francisca, fue sobreseído por Auto de 11 de octubre de 2006, de forma que no existiendo procedimiento penal alguno relacionado con las partes de los autos de divorcio, carece de competencia para el conocimiento del procedimiento civil de divorcio.

Pues bien, esta Sala no comparte tal argumentación, pues no debe obviarse que cuando el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de esta ciudad, recibió las actuaciones civiles, constando en autos que el 7 de junio de 2006 ya estaban las mismas en dicho órgano judicial, habiéndose dictado providencia recabando informe del Ministerio Fiscal sobre la competencia, no se hallaba la causa penal sobreseída, debiendo trascurrir 4 meses para que ello aconteciera. El hecho de que con posterioridad a la recepción de las actuaciones por el Juzgado (debiéndose tramitar las mismas, por el órgano judicial, conforme viene previsto en el artículo 770 de la LEC), se hubiera sobreseído la causa penal, no priva de la competencia adquirida conforme al contenido del artículo 87 ter.2 de la LOPJ, como viene siendo admitido por generalizada doctrina, no modificando lo expuesto el hecho de que no se hubieran llegado a tramitar las actuaciones civiles, pese al tiempo transcurrido, pues dicha circunstancia no puede alcanzar eficacia para modificar las reglas de competencia.

En consecuencia resulta competente para conocer del procedimiento de divorcio existente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de esta ciudad, sin que el hecho de que el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Hospitalet, también de Violencia sobre la Mujer, hubiera en los autos de divorcio convocado a las partes a vista, altere tal circunstancia, pues este órgano judicial nunca absorbería la competencia para el conocimiento de causa civil de divorcio al carecer de actuación penal entre los cónyuges, lo que sí ocurre con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona.

CUESTIONES PROCESALES

Tampoco ha de prosperar la pretensión anulatoria sobre la base de no haberse ofrecido a las partes en la instancia el trámite de conclusiones dado que en la específica regulación del juicio verbal no se contempla de modo expreso dicho trámite.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Tampoco ha de prosperar la pretensión anulatoria sobre la base de no haberse ofrecido a las partes en la instancia el trámite de conclusiones, ya que, como previene el artículo 225.3.º LEC, ello requiere que se prescinda de normas esenciales del procedimiento, lo que no puede afirmarse, de modo concluyente y con el debido respaldo normativo, que se haya producido en el presente supuesto.

Así, y al contrario lo que acaece en el juicio ordinario, respecto del que el artículo 432.2 previene que, una vez practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, en la específica regulación del juicio verbal no se contempla de modo expreso dicho trámite, dado que el artículo 447 establece que una vez practicadas las pruebas propuestas y admitidas, o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes, se dará por terminada la vista, lo que parece excluir la posibilidad de formular conclusiones.

Cierto es que, con carácter general, el artículo 185 del mismo texto legal previene que, una vez concluida en la vista la práctica de prueba, habrá de concederse la palabra a las partes para formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas, por lo que esta Sala entiende que dicho trámite es de aplicación igualmente a la vista a celebrar en el juicio verbal. Pero en cuanto en la específica regulación de este último, y como se ha expuesto, no se contempla dicho trámite, lo que ha originado antagónicas posturas doctrinales y judiciales al respecto, no podemos afirmar, con el rigor inherente al pronunciamiento pretendido, que se haya prescindido en el caso de normas esenciales del procedimiento, exigidas inexcusable e indubitadamente por las Ley, lo que determina el rechazo del *petitum* anulatorio deducido, y abre la posibilidad de entrar en el análisis y decisión de las cuestiones de fondo esgrimidas por uno y otro litigante.

CUESTIONES PROCESALES

Procede imponer las costas al cónyuge que solicita un cambio de custodia y, a la vista del contenido de informe psicosocial, en el acto de la vista solicita una ampliación del régimen de visitas.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Recurre la parte actora un único pronunciamiento de la sentencia dictada en la instancia, el referente a las costas, sobre las que solicita no se le impongan al mismo, alegando que la pretensión deducida en su demanda sobre cambio de guardia y custodia a su favor de la hija menor, Frida, de cinco años de edad, estaba justificada, tal y como lo demuestran las actuaciones penales seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Zaragoza a partir de agosto de 2007 contra la madre de la menor, Tatiana, y su compañero sentimental.

El Juzgador de instancia razonó la imposición de las costas de la instancia al actor, esencialmente, en que habiendo solicitado el mismo el cambio de guarda y custodia de la niña por falta de cuidados de la madre, no sólo no se acreditaron tales circunstancias en el proceso seguido, sino que, visto

el signo contrario a su pretensión de los informes psicosociales emitidos en la causa alteró su petición en el acto del juicio, desistiendo del cambio de custodia para interesar solamente una ampliación del régimen de visitas para con la menor.

Es evidente que con tales premisas, el pronunciamiento de la Sentencia resulta absolutamente coherente con lo actuado en el pleito y amparable jurídicamente, pues ejercitar pretensiones infundadas, carentes de todo sustrato fáctico, raya en la mala fe procesal, de todo punto reprobable.

Pretender ahora en esta alzada, modificar la condena en costas en base a hechos no puestos de manifiesto en el pleito, consistentes en una denuncia penal propiciada por el recurrente que ha motivado actuaciones penales no finalizadas, y por tanto, no firmes, no desvirtúa las consideraciones de la resolución impugnada, dictada en una fecha determinada y en base a unos hechos concretos.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque en el auto que aprueba la liquidación de gananciales no se contiene pronunciamiento de condena en cuanto a que la esposa abandone el uso del inmueble adjudicado al esposo, teniendo en cuenta que en el procedimiento de separación se otorgó a aquélla el uso hasta que tuviese lugar la liquidación de gananciales, es evidente que por economía procesal, procede acordar el desalojo.

AP JAÉN, SEC. 2.ª, AUTO DE 8 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Elena Arias Salgado Robsy

Versa la ejecutoria sometida a la consideración de la Sala sobre la ejecución del Auto dictado en el Procedimiento de Liquidación de Gananciales, dimanante del Procedimiento de Separación Matrimonial habido entre las partes.

La oposición a la ejecución se basaba exclusivamente en la argumentación de que el Auto en cuestión no contenía el pronunciamiento de condena que es el objeto de la ejecución, concretamente el desalojo de la demandada del apartamento sito en Almuñécar que se adjudicaba en la Liquidación de Gananciales al ejecutante.

La resolución recurrida desestima dicha oposición argumentando que dicho pronunciamiento de condena se contiene en la sentencia de separación en el que se atribuyó el uso de dicha vivienda a la ejecutada hasta la liquidación de gananciales, condición cumplida en el Auto objeto de ejecución.

Y frente a dicha resolución se alza el recurso que insiste en su tesis sosteniendo que en el suplico de la demanda de ejecución no se solicita la ejecución de la sentencia de separación sino del auto que se limita a aprobar las operaciones particionales; constando así mismo que aquélla tampoco contiene el pronunciamiento de condena al desalojo ahora interesado. Alegaciones a las que se opone la parte ejecutante manteniendo que lo que se ejecuta es el Auto y la Sentencia de Separación de las que se deduce claramente la obligación de hacer que ahora se solicita.

El recurso debe ser desestimado por cuanto es claro que la conjunción de las dos resoluciones dictadas, Sentencia de Separación y Auto de Adjudicación confieren al ejecutante el derecho y la acción ejecutiva para solicitar el desalojo y entrega del inmueble a él adjudicado.

Otra cosa vulneraría el principio de economía procesal, pues supondría derivar a la parte ejecutante al ejercicio de una acción reivindicatoria o de precario, cuando ya existen dos resoluciones judiciales que versan sobre la cuestión del uso y la propiedad del inmueble litigioso, aunque ninguna de ellas acuerde el desalojo solicitado. Es claro que es una consecuencia legal y lógica de lo dispuesto en la sentencia de separación, que como dice la resolución recurrida, atribuía a la esposa el uso del apartamento hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que claramente supone que practicada dicha liquidación y adjudicado el inmueble al esposo, cesa aquella atribución, y por tanto existe título judicial que le faculta para solicitar el desalojo.

En una interpretación lógica del procedimiento de Liquidación de Gananciales cuya resolución final y definitiva dirime el destino de los bienes que pertenecían a la sociedad de gananciales, debiendo concluirse que la adjudicación no es una mera resolución declarativa.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Es claro que se deduce un ejercicio abusivo del derecho por parte de la ejecutante, que entra de lleno en un intento indebido de enriquecerse de modo injustificado, pues tal pretensión económica de modo alguno puede favorecer a los hijos, que en dicho período tuvieron toda la prestación material y económica que necesitaron, proveniente del padre que durante el período que se reclama estuvo conviviendo con los hijos y la ejecutante en el domicilio familiar.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 9 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, reitera la solicitud de ejecución, en concepto de deuda por atrasos de la pensión de alimentos en el período que transcurre entre septiembre de 2004 y marzo de 2006, por importe de 10.741,72 euros, al tiempo que interesa también los atrasos por actualización de dicha pensión, desde abril a diciembre de 2006, por importe de 361,08 euros, solicitando la no imposición de las costas de la instancia. Reitera cuantos argumentos expuso en su momento en su escrito de demanda de ejecución para sostener ahora la solicitud en la alzada.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación del auto dictado por el juzgado.

Es preciso afirmar que las sentencias y resoluciones en general deben ejecutarse en sus propios términos, de conformidad con establecido del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien ello es perfectamente compatible con la aplicación de las normas, del Código Civil, artículo 7, en relación al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, no amparándose, en ningún caso el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo; en suma, la consecuencia de ello es la imposibilidad de acoger pretensiones que conlleven un enriquecimiento injusto no permitido por la ley, y en favor de quien no tiene derecho a una prestación o compensación económica, sea cual fuere la razón de dicha prestación, y máxime, si tenemos en cuenta que, y no obstante las facultades de administración que tiene el cónyuge que convive con los hijos, a la postre, los destinatarios y beneficiarios del derecho a la pensión de alimentos son estos últimos.

Dicho lo anterior, y compartiendo los razonamientos expuestos en el auto apelado, conviene precisar que se intenta la ejecución de la Sentencia de separación de fecha 1 de septiembre de 2004, que aprueba el convenio de 20 de mayo del mismo año, que acuerda otorgar el derecho de uso de vivienda, propiedad del padre del actor, en favor de los hijos y la madre, durante un año, a contar desde la fecha del convenio.

Sin embargo, ambos cónyuges asumen de común acuerdo prorrogar el derecho de uso de vivienda durante seis meses más, a partir del mes de mayo de 2005; durante el tiempo de la ocupación de vivienda todos los gastos de la misma han sido sufragados por el apelado.

Según se dijo anteriormente, pretende de modo indebido la parte recurrente la reclamación de los atrasos por alimentos, desde septiembre de 2004 a marzo de 2006.

En la resolución apelada ya se establece la razón por la que se deniega tal reclamación, así como el motivo del proceder de la ejecutante, una vez que ha abandonado la vivienda, no sin antes haber sido necesario instar judicialmente, por el hoy demandado, el desalojo de la misma.

Se halla plenamente justificado el pago de los alimentos por parte del demandado en dicho período, pues consta acreditado, y ello no se niega, que este último ha permanecido en el mismo domicilio con los hijos y la ejecutante, prestando todas las atenciones materiales y económicas que los hijos necesitaron en todo momento, incluyendo la manutención, alimentación, pues ha quedado demostrado que, prácticamente, todas las comidas provenían del bar restaurante que explota el demandado, muy próximo al domicilio, o bien trasladándose los hijos al restaurante, o bien llevando las comidas desde dicho local al domicilio.

Por esta razón, y mientras la ejecutante permaneció en la vivienda, nunca planteó reclamación alguna de los alimentos por este período.

Sin embargo, transcurrido el plazo pactado sobre ocupación de la vivienda por parte de la ejecutante y los hijos, negándose aquélla a abandonar

la vivienda, se vio el hoy apelado en la necesidad de instar judicialmente el desalojo de aquélla, lo que se produce en el mes de marzo de 2006; por ello, a partir del mes de abril de dicho año el demandado, hoy apelado, comienza a abonar la prestación alimenticia, de modo mensual, aún sin actualizar.

Del relato fáctico anterior es claro que se deduce un ejercicio abusivo del derecho por parte de la ejecutante, que entra de lleno en un intento indebido de enriquecerse de modo injustificado, pues tal pretensión económica de modo alguno puede favorecer a los hijos, que en dicho período tuvieron toda la prestación material y económica que necesitaron, proveniente del apelado, por lo que se intenta por la ejecutante un beneficio económico exclusivo y excluyente en su favor; por ello, y compartiendo los argumentos de la resolución apelada, este motivo del recurso debe ser rechazado.

EJECUCION DE SENTENCIA

Plantea el ex esposo una petición genérica relativa al reembolso de lo cobrado por la ex esposa indebidamente, tras haber alcanzado los hijos mayoría de edad y haberse mantenido la retención de la nómina. Estamos ante una pretensión sustantiva, autónoma e independiente, con respecto a los pronunciamientos de la sentencia de divorcio y los términos del convenio judicialmente aprobado, que exigen un cauce procesal oportuno y adecuado, independiente de la fase de ejecución.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 19 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, alegando la excepción de inadecuación de procedimiento, ha solicitado que se desestime la ejecución despachada en la providencia de fecha 18 de julio de 2006, por entender que la sentencia de divorcio no contiene ningún pronunciamiento de condena, de manera que la fase de ejecución de dicho procedimiento sólo se extiende a la declaración sobre extinción de la pensión de alimentos y, en su virtud, al alzamiento de las retenciones y medidas cautelares en su día adoptadas, para asegurar el pago de las pensiones, debiendo debatirse la cuestión planteada indebidamente por el ejecutante en el oportuno procedimiento declarativo, en orden a la determinación de la procedencia de la compensación, la prescripción, etc.

Subsidiariamente, interesa igualmente la denegación de la ejecución despachada en razón de la compensación que debe operar, por prestaciones efectuadas por la esposa, entendiendo que también debe favorecer a la apelante el instituto de la prescripción.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la resolución dictada por el juzgado.

Cierto es que las sentencias, y las resoluciones en general, deben ejecutarse en sus propios términos, de acuerdo con lo establecido del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien dicho precepto debe interpretarse de modo correcto, en lo referente a su aplicación práctica y efectiva a cada supuesto concreto y con el fin de no extender la ejecución interesada a cuestiones y objeto sustantivo, que en ningún caso están previstas en la resolución recaída en el procedimiento principal, y no obstante la razón legal que en su momento ha determinado la extinción de la pensión de alimentos para los hijos, lo cual no se discute, como no podía ser de otra manera, si bien, aun aceptando que la normativa vigente a la fecha en la que se dicta la sentencia, anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, por la que se introduce el segundo párrafo del artículo 93 del Código Civil, determinaba, a falta de acuerdo expreso en contrario, la cesación del derecho a la pensión de alimentos de los hijos al momento de la mayoría de edad de los mismos, es lo cierto que la fase de ejecución de la sentencia de divorcio de 7 de marzo de 1986, a falta de pacto en contrario, que no se contempló en el convenio de fecha 16 de diciembre de 1985, sólo puede extenderse a la declaración de la extinción del derecho a la pensión de alimentos de los hijos que alcanzaron la mayoría de edad, así como al alzamiento de cuantas medidas cautelares se adoptaron en su momento

para asegurar el pago puntual y periódico de dicha pensión.

Dicho lo anterior, es lo cierto que el ejecutante ejercita a través de la presente ejecución una acción de reclamación de cantidad, en razón del cobro de lo indebido por la recurrente, entonces demandada en ejecución, y en razón del beneficio económico obtenido desde que los hijos alcanzaron la mayoría de edad, pues, por vía de la retención acordada en su momento, continuó percibiendo una prestación económica a la que ya no tenían derecho los hijos y, por ende, tampoco existía ya la facultad de aquélla para recibir la pensión, en su condición de administradora, en nombre y representación de los hijos, y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de estos últimos de haber planteado la reclamación de alimentos contra los progenitores, por medio del proceso declarativo correspondiente.

Son de acoger los motivos que se exponen en el escrito de oposición de la ejecutada, planteada contra el auto de fecha 18 de abril de 2006, que estimó la demanda interpuesta por el ejecutante, y aun siendo ajustado a derecho acoger la pretensión relativa al alzamiento de la retención que venía acordada, es lo cierto que inicialmente plantea el hoy apelado una petición genérica, relativa al reembolso de lo cobrado por ella indebidamente.

En realidad, estamos ante una pretensión sustantiva, autónoma e independiente, con respecto a los pronunciamientos de la sentencia de divorcio y los términos del convenio judicialmente aprobado, que, en su virtud, y según se deduce de las alegaciones de la hoy apelada, exigen un cauce procesal oportuno y adecuado, independiente de la fase de ejecución que, en estrictos términos, permite el procedimiento de divorcio, y así lo exigen las razones esgrimidas por la ejecutada, en apoyo de la negativa a acceder a la pretensión económica planteada de contrario, a saber, el pago voluntario por parte del ejecutante, no obstante conocer la mayoría de edad de los hijos, la comunicación y relación personal entre aquél y dichos hijos, una vez alcanzada la mayoría de edad, el conocimiento que se tenía sobre la situación personal y material de dichos hijos, las necesidades puntuales de estos últimos, una vez conseguida la mayoría de edad, el compromiso asumido voluntariamente por el ejecutante para mantener la ayuda económica en favor de los hijos ya mayores de edad, en razón del proyecto de uno de los hijos para completar su formación profesional, etc., pues no puede olvidarse que, en principio, y sin ánimo de prejuzgar la decisión judicial que corresponda adoptar en el procedimiento oportuno, sorprende que, habiéndose producido varios años atrás el hecho extintivo que determinó en su momento, por ley, el cese automático del derecho a la pensión de alimentos, venga a formularse la reclamación, por parte del ejecutante, en el mes de marzo de 2006, lo cual deberá analizarse y valorarse, en su momento, en su justa medida, en conjunción con el resto de la prueba que, a instancia de las partes, se proponga y se admita.

Es claro que la problemática suscitada, y el debate planteado en la instancia por la hoy recurrente, exige el adecuado y oportuno cauce procesal, ajeno a esta fase de ejecución, pues es evidente que la valoración de los hechos, y las contradictorias afirmaciones de una y otra parte, hacen necesario ofrecer a las partes, y de modo concreto, a la hoy recurrente, las oportunidades formales y procesales que permite el proceso declarativo correspondiente, en orden, no solamente a la fase de alegaciones, sino también en relación a aquel otro trámite, que permitiera aportar el completo material probatorio (interrogatorio de las partes, testificales de los hijos, etcétera) para despejar cuántas contradicciones, al momento actual, se han suscitado, dado el planteamiento de la hoy recurrente, y todo ello, con observancia efectiva del principio de contradicción que rige en el proceso civil, y para posibilitar el adecuado ejercicio del derecho de defensa y de tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 24 de la Constitución.

Dicho lo anterior, el principio de economía procesal no puede llevarse a extremos tales que pongan en tela de juicio el derecho de las partes al juicio justo y oportuno, en el que deben debatirse las cuestiones planteadas, máxime si, como ocurre en el presente supuesto, la Sala no puede abrir un nuevo debate, ni practicar la prueba necesaria, novedosa, por otra parte, que permita salir de cuantas dudas plantea la cuestión debatida. Conviene recordar que en la demanda inicial, el ejecutante no cuantifica la cantidad que reclama, aprovecha el trámite de impugnación a la oposición de contrario para ello, se cuantifica lo cobrado indebidamente por una mera providencia y en el auto hoy apelado no se entra a analizar y valorar los motivos de oposición, en los términos que se señalaban el escrito de oposición al auto de fecha 18 de abril de 2006.

En suma, y en el presente supuesto, y aceptando los argumentos contenidos en el escrito de formalización del recurso de apelación, se ha de estimar la excepción sobre inadecuación de procedimiento y, en su virtud, es lo procedente dejar sin efecto la ejecución despachada en el auto apelado, a excepción de la medida relativa al alzamiento de la retención que venía acordada, con expresa reserva de los derechos que correspondan a la parte ejecutante, a ejercer en el procedimiento declarativo correspondiente.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La multa de 1.200 euros impuesta a la madre por el incumplimiento del régimen de visitas es excesiva habida cuenta que en el curso de la ejecución de la sentencia no se han vuelto a detectar incumplimientos de esta naturaleza por parte de la ejecutada, por lo que es más conforme a derecho en base al artículo 776.2 de la LEC la imposición de una multa de 500 euros.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 22 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Con fecha 7 de febrero de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «se desestima totalmente la oposición formulada por la Procuradora doña Dolores Uroz Moreno en nombre y representación de doña Mónica, bajo la dirección letrada de don Juan Manuel Ruiz Fernández y se declara procedente la ejecución cuyos pronunciamientos se mantienen en su integridad, con la advertencia a la ejecutada de que en caso de acreditarse un nuevo incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de visitas podrá imponérsele una multa coercitiva mensual, de conformidad con las prescripciones del artículo 776.2 en relación con el 709 y 711 de la LEC 1/2000.

Se impone a doña Mónica una multa coercitiva única de 1.200 euros. Dicha multa habrá de hacerse efectiva por la apremiada en el término de 5 días a partir de la notificación del presente resolución a su procurador, mediante ingreso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este juzgado, abierta en la entidad bancaria Banesto, cuenta número NÚMooo, sita en la C/ Capitán Haya. En compensación por los días no disfrutados por el menor con su padre, se acuerda que el próximo puente escolar cuyo disfrute corresponda a la madre, según el turno establecido, lo disfrutará el menor con su padre. A tal fin se concede a las partes el plazo común de cinco días, a partir de la notificación de esta resolución, para que conforme al turno establecido, señalen cuál ha de ser el puente escolar que el padre disfrutará con el menor en ejecución de lo acordado en esta resolución.

La dirección letrada de doña Mónica se alzó contra la resolución de instancia reclamando su revocación por tres motivos: el primer motivo referido a los incumplimientos de los días 25 y 26 de marzo de 2006 y el otro con la elección del período a disfrutar de la Semana Santa de 2006, el segundo motivo versa sobre el exceso en la cuantía de la multa de 1.200 euros, y el tercer motivo sobre la condena en costas, mientras que la dirección letrada de don Jesús pidió la confirmación en todos sus extremos del auto de fecha de 7 de febrero de 2007, con expresa condena en las costas de esta alzada a la recurrente por su temeridad y mala fe.

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda ejecutiva interpuesta por la representación de don Jesús el día 24 de abril de 2006 en la que se pedía el requerimiento a la Señora Mónica a presencia judicial para que acate las resoluciones judiciales y se abstenga de obstaculizar el régimen de visitas y vacaciones entre su ex marido y el hijo común, apercibiéndola con la imposición de multas coercitivas, en el caso de incumplimiento, y modificación del régimen de guarda, tal y como establece el artículo 776 de la LEC, todo ello con expresa condena en costas a la Señora Mónica por su temeridad y mala fe. Dicha demanda tuvo una primera respuesta positiva en el auto de 5 de mayo de 2006 y posteriormente y a pesar de la oposición formulada por la representación de doña Mónica en el auto de 7 de febrero de 2007 que nos ocupa.

La demanda ejecutiva tiene como título ejecutivo la sentencia de divorcio de 8 de marzo de 2006 que los efectos que aquí nos interesan establece lo siguiente:

6.ª) Como régimen de visitas, comunicaciones y estancias del hijo menor con el progenitor no custodio, se establece a favor del padre que el mismo podrá tener en su compañía a dicho menor en la forma siguiente:

A) Hasta que el menor cumpla la edad de 2 años: los sábados y domingos de los fines de semana alternos desde las 10 a las 20 horas, con entrega y recogida en el domicilio materno, así como una tarde entre semana que, en defecto de acuerdo, será la de los miércoles de las 16 a las 20 horas, así como la mitad de las vacaciones de semana santa y un mes en las de verano, con el mismo horario y sin pernocta.

Tanto en el escrito de oposición presentado el 15 de junio de 2006 al auto despachando ejecución de 5 de mayo de 2006, como en el propio recurso de apelación se admite que el menor fue entregado

por la madre al padre a las 16 horas los días 25 y 26 de marzo de 2006.

En ambos escritos se atribuye el retraso en la entrega a la falta de comunicación del letrado con la demandada, pero ello no puede justificar la demora aludida habida cuenta de los deberes del procurador entre los que se encuentra de conformidad con el artículo 26.2.3.º de la LEC tener al poderdante y al abogado siempre al corriente del curso del asunto que se le hubiere confiado.

La demandada tenía conocimiento de la elección por el demandante del segundo período en las vacaciones de Semana Santa de 2006, tal como lo prueban los documentos acompañados con la demanda ejecutiva que obran del folio 13 al 20 ambos inclusive y ese año correspondía la elección al padre. El plazo de 15 días invocado por la parte apelante no puede justificar el incumplimiento habida cuenta que el mismo debe ser aplicado con flexibilidad atendido el beneficio del menor y que había recaído providencia de 31 de marzo de 2006 dando por elegido el segundo período por el padre, debiendo recordarse ante las alegaciones de la parte apelante que el recurso de reposición no tiene efectos suspensivos de conformidad con el artículo 451 de la LEC

La multa de 1.200 euros impuesta a doña Mónica es excesiva habida cuenta de la gravedad de los incumplimientos y que en la propia resolución que nos ocupa se mantiene que «en el curso de la ejecución de la sentencia no se han vuelto a detectar incumplimientos de esta naturaleza por parte de la ejecutada», por lo que es más conforme a Derecho en base al artículo 776.2 de la LEC la imposición de una multa de 500 euros.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se declara la prescripción de la pensión del mes de agosto, ya que la inhabilidad de dicho mes sólo se limita a actuaciones procesales, entre las que, obviamente, no se comprenden las de entrada y reparto de asuntos, siendo claro el mandato del artículo 5 del CC que señala que el cómputo de plazos fijados por años, se computarán de fecha a fecha.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 3 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

En cuanto a la mensualidad alimenticia de agosto 2001, planteada la demanda ejecutiva en septiembre 2006, no cabe duda de que han transcurrido los cinco años que para la prescripción de acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones de pagar obligaciones alimenticias previene el artículo 1966.1.º del CC.

La resolución hoy recurrida considera que, siendo el mes de agosto inhábil, el primer día en que se pudo ejercitar la acción era el mes de septiembre inmediato. Con ello se incurre en un doble error: el relativo a la inhabilidad del mes de agosto, que se limita en lo civil a las actuaciones procesales, entre las que, obviamente, no se comprenden las de entrada y reparto de asuntos, y el claro mandato del artículo 5 del CC, que señala que el cómputo de plazos fijados por años, se computarán de fecha a fecha.

Y es que una cosa es considerar agosto como inhábil para actuaciones en el orden civil, es decir, no se señalan vistas, comparecencias, pruebas, etc., y otra, considerar dicho mes como inexistente, cuando es obvio que la Oficina Judicial «no cierra», manteniendo en funcionamiento el registro de Entrada, u otros sistemas para la presentación de escritos de término, siendo claro que la «presentación» de la demanda, interrumpe el plazo de prescripción; ciertamente, como recuerda la STS de 26 de diciembre de 1995, que se cita por todas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estima que la prescripción, como institución, no se funda en principios de estricta justicia, sino en los de seguridad jurídica y abandono del derecho subjetivo.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No cabe considerar como prueba del pago una fotocopia del acta de un juicio de faltas en la que hubo una respuesta genérica de la actora afirmando que percibe las pensiones, lo que no sirve para acreditar que se hayan satisfecho todas las devengadas.

AP TARRAGONA, SEC. 3.ª, AUTO DE 3 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Rebeca Carpi Martín

Alega el recurrente, en cuanto a la reclamación por pensiones impagadas, que tales pensiones ya fueron satisfechas, y que dicho extremo ha quedado probado mediante fotocopia de acta de un juicio de faltas entre los litigantes en que se discutía el incumplimiento del régimen de visitas. Cuando el artículo 556 LEC exige la justificación documental del pago en que se funde la oposición, se refiere a la prueba de que tal pago ha acontecido, y ello cabe acreditarlo mediante facturas, recibos o constancia documental como apuntes contables en una cuenta corriente y, en fin, mediante documentos que como tales prueben de modo directo que tal pago se ha producido. Como ya expresó el juez de instancia, no cabe considerar tal prueba documental la fotocopia del acta de un juicio de faltas, pues no es una prueba documental acreditativa del pago, más aun si se tiene en cuenta que dicho juicio no tuvo por objeto discutir sobre el pago de la pensión, y sólo de manera mediata hubo una respuesta genérica de la actora afirmando que percibe las pensiones, lo que no sirve para acreditar que se hayan satisfecho todas las devengadas, y simplemente que, de modo general como es el caso, se están pagando las mismas, sin que de tal manifestación quepa deducir que la actora esté reconociendo el cobro de las dos pensiones ahora reclamadas. El motivo por tanto, ha de ser desestimado.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Con buen criterio, observando que la controversia planteada entre las partes era de nimia importancia, pero que debe ser demostrativa de la dificultad que tienen los progenitores para llegar a los necesarios acuerdos para superar sus diferencias y discrepancias, el Juez les remitió al Centro de Mediación Familiar de Catalunya.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 3 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Pérez Tormo

Recurre la Sra. Olga el Auto que resolviendo la oposición al despacho de ejecución de régimen de visitas paterno-filial, acuerda no imponer ninguna de las sanciones previstas en el artículo 776 LEC, como solicitaba la ejecutante, por considerar la Juzgadora *a quo* que no ha existido incumplimiento del régimen de visitas por parte del ejecutado, sino una diferente interpretación de la prolongación de un festivo intersemanal, tal como había fijado en la sentencia que se ejecuta. Solicita en su recurso la recurrente que se revoque tal resolución y se «acuerde que en el presente caso ha existido incumplimiento del régimen de visitas por parte del ejecutado» dictándose resolución en la que se acuerde la imposición de una multa coercitiva, y la compensación a la Sra. Olga por el día que el Sr. Lorenzo tuvo consigo al hijo común, cuando aquélla considera que al padre no le correspondía tener a su hijo consigo.

El Sr. Lorenzo y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la resolución recurrida.

La Sentencia de divorcio de 31 de julio de 2003 que se ejecuta establece respecto de los festivos intersemanales, que se dividirán alternamente, debiendo el padre recoger al menor a las 10 h y reintegrarlo a las 20 h en el domicilio materno.

En cuanto a los fines de semana alternos, que corresponde al padre tener al menor consigo, dice la resolución judicial que se iniciarán los «viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 h,

extensivo a días anteriores o posteriores (viernes o lunes festivos puentes)»

Es indiscutido que el jueves 12 de octubre de 2006 correspondía al padre tener al menor consigo, siendo el día siguiente, viernes, puente escolar, de manera que recogió al menor el miércoles día 11 de octubre a la salida del colegio, considerando la Sra. Olga que correspondía haberle recogido el mismo día 12, jueves a las 10 h de la mañana, en lugar de la tarde anterior en el colegio, por ser «festivo intersemanal»; mientras que el Sr. Lorenzo considera que al tratarse de «puente» escolar debía recogerle la tarde anterior, miércoles, a la salida del colegio.

Planteada así la cuestión litigiosa, la Juzgadora *a quo,* con buen criterio, observando que la controversia planteada entre las partes era de nimia importancia, pero que debe ser demostrativa de la dificultad que tienen los progenitores para llegar a los necesarios acuerdos para superar sus diferencias y discrepancias, en beneficio de su hijo, a fin de proporcionarle una equilibrada y pacífica infancia, finalidad que ambos sin duda persiguen, les remitió al Centro de Mediación Familiar de Catalunya para realizar una mediación, que la Sra. Olga no quiso iniciar, lo que sin duda no ha sopesado adecuadamente, pues en los próximos años del hijo común deberían ambas partes intentar llegar a múltiples acuerdos ante los previsibles problemas que se irán presentando en la vida de su hijo, ya preadolescente, de manera que desde esta Sala se les vuelve a exhortar para que si no lograran coincidencias en la forma de dirimir las diferencias, acudan a un mediador o a una entidad mediadora, de acuerdo con lo indicado en el artículo 79.2 del Código de Familia, pues lo único que se consigue con una actitud beligerante, manteniendo la actual situación de pugna entre las partes o acudiendo reiteradamente a los Tribunales para dirimir las diferencias, es perturbar la tranquilidad del menor, tan perjudicial para su correcto y sano desarrollo integral.

En el presente caso esta Sala no puede más que confirmar la resolución recurrida, pues no se observa en el Sr. Lorenzo una intención incumplidora del régimen de visitas paterno-filial fijado en la sentencia que hoy se ejecuta, de tal manera que sea merecedor de la sanción solicitada por la ejecutante, que prevé el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que debe desestimarse el recurso planteado, confirmando la resolución recurrida.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque la hija pasó el mes de abril en Irlanda siguiendo un curso de inglés cuyo coste y gastos ha abonado el padre, éste debe abonar a la madre los 1.500 euros correspondientes a esa mensualidad, aunque la hija no haya generado gasto alguno en nuestro país, dado que el convenio suscrito libremente por los litigantes no prevé la exclusión del pago de ninguna mensualidad.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Recurre el ejecutado el Auto dictado en la instancia el 29 de mayo de 2007, suplicando su revocación y se declare no haber lugar al pago de la pensión alimenticia reclamada al haber abonado todos los gastos correspondientes a la menor del mes de abril, pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto de la ejecutante.

El recurso del Sr. Carlos Daniel no puede prosperar.

El convenio aprobado por la Sentencia de divorcio de 20 de diciembre de 2005, estableció en beneficio de la hija matrimonial, en concepto de alimentos, una suma anual de 18.000 euros, pagadera en mensualidades anticipadas de 1.500 euros, y además el abono por el padre de la totalidad de sus gastos educativos.

Sostiene en esta ejecución que, dado que la hija pasó el mes de abril en Irlanda, siguiendo un curso de inglés, cuyo coste y gastos ha abonado, no debe satisfacer los 1.500 euros correspondientes a esa mensualidad, pues la niña no ha generado gasto alguno en Zaragoza, donde reside con su madre.

Olvida el recurrente un principio fundamental del Derecho de Familia cual es que la única beneficiaria de la pensión alimenticia es la hija, y no la madre, por más que ésta administre su montante

como encargada de su custodia, por lo que ningún enriquecimiento injusto puede achacársele a la misma.

Por otro lado, el convenio suscrito libremente por los litigantes no prevé la exclusión del pago de ninguna mensualidad, ni especifica que el abono de los alimentos sólo se prestará cuando la hija se encuentre en el domicilio familiar, como no podría ser de otra manera, lo que en principio determina el rechazo de los argumentos impugnatorios.

A mayor abundamiento, la suma alimenticia abarca una previsión de sustento global del alimentista (artículo 142) en todos los órdenes de su vida, que no puede imputarse exclusivamente a las necesidades concretas por éste generadas, cada mes de cada anualidad de su vida dependiente, pues lo contrario equivaldría a la posible reclamación de devolución de aquella parte que en alguna mensualidad o anualidad no fuese consumida por falta concreta de necesidad, lo que choca con los más elementales principios reguladores de esta materia.

En suma, el recurso será desestimado y confirmada la resolución impugnada en todos sus extremos, con imposición al recurrente de las costas causadas en esta alzada.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Con independencia del carácter, privativo o ganancial, del dinero invertido en la compra del inmueble cuya naturaleza se debate, es lo cierto que en la escritura notarial al efecto otorgada, y en la que intervino como compradora la esposa, se hace constar por ella, sin salvedad o matización de clase alguna, que «la compra y adquiere con carácter ganancial». Y en cuanto dicho bien ha ostentado pacíficamente la referida condición enteramente ganancial durante la vigencia del matrimonio, no puede ahora, por el solo hecho de la crisis conyugal, quedar alterada su naturaleza, a través de una distribución porcentual anteriormente inexistente, según la misma voluntad manifestada en documento público de quien ahora pretende ignorar la trascendencia jurídica de lo entonces libremente asumido.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Como una manifestación específica del principio de autonomía de la voluntad privada que proclama, con carácter general, el artículo 1255 del Código Civil, el 1323 del mismo texto legal, dentro de la regulación del régimen económico-matrimonial, previene que los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. Y añade el siguiente precepto que, para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro.

Declara el Tribunal Supremo que esta última norma es aplicable, no sólo a los casos de obtención de la privaticidad de bienes que, en relación con su adquisición, serían gananciales, sino también, en regla de justa correspondencia, a los supuestos contrarios, en cuanto un bien privativo pase a ganancial por la declaración (en un documento público en el caso) del que por ello resulte perjudicado (Sentencia de 8 de octubre de 2004).

Se insiste en el referido principio, en cuanto excepción a las reglas generales sobre calificación legal del carácter ganancial o privativo de los bienes existentes en el matrimonio (vid. artículos 1346 y 1347), a través de lo dispuesto en el 1355, a cuyo tenor podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio y la forma y plazos en que se satisfaga.

En el supuesto analizado, y con independencia del carácter, privativo o ganancial, del dinero invertido en la compra del inmueble cuya naturaleza se debate, es lo cierto que en la escritura notarial al efecto otorgada, y en la que intervino como compradora la Sra. Eva, se hace constar por la misma, sin salvedad o matización de clase alguna, que «la compra y adquiere con carácter ganancial».

Al contrario de lo que se afirma en el escrito de formalización del recurso, no nos encontramos ante una manifestación carente de toda trascendencia jurídica, sino con una inequívoca declaración de voluntad de asignar al bien adquirido condición comunitaria, sin limitación o excepción alguna, no constando, pues ello ni siquiera se alega, que el consentimiento entonces prestado adoleciera de

algún vicio invalidante, en los términos contemplados por los artículos 1265 y siguientes del citado Código.

Y en cuanto dicho bien ha ostentado pacíficamente la referida condición enteramente ganancial durante la vigencia del matrimonio, no puede ahora, por el solo hecho de la crisis conyugal, quedar alterada su naturaleza, a través de una distribución porcentual anteriormente inexistente, según la misma voluntad manifestada en documento público de quien ahora pretende ignorar la trascendencia jurídica de lo entonces libremente asumido.

Lo expuesto nos lleva igualmente a la doctrina de la vinculación de los actos propios, elaborada jurisprudencialmente sobre la base del artículo 7.º CC, conforme a la cual actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro, vulnerando con dicha conducta las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de trascendencia, determinan que su ejercicio se torne inadmisible (Sentencia 21 de septiembre de 1987).

Razones que hacen decaer el segundo, y último, de los motivos del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se acuerda la división de la cosa común en régimen de propiedad horizontal como lo permite el artículo 401 del CC, en relación a lo dispuesto en el artículo 396 del mismo Código, atendiendo a las características de dicha finca, vivienda y parcela, dado que no hay que realizar importantes y sustanciales obras para dividirlas en dos grupos de habitaciones autónomos e independientes.

AP JAÉN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Jesús Jurado Cabrera

Para la resolución de las discrepancias planteadas en esta apelación, en efecto debe tenerse en cuenta que conforme a lo preceptuado en el artículo 400 del Código Civil, ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa en común; y ello es precisamente lo efectuado por el demandante, quien ejercita su derecho de disolución de la comunidad y hacerla cesar en su integridad, concretamente el derecho de cada comunero a obtener una parte material de la cosa, si ésta es divisible, o una parte del precio de venta obtenido, si es indivisible, (STS de 10 de mayo 1990 entre otras).

Al respecto, las apreciaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad en tal aspecto no es un hecho, sino un concepto valorativo deducible, de unos hechos, dependiendo la consideración de tal circunstancia no sólo de indivisibilidad real, sino también en el de indivisibilidad jurídica, configurada ésta por resultar inservible la cosa para el uso a que se destina, bien a su anormal desmerecimiento si se produce la división, la originación de un gasto considerable a los partícipes.

Pues bien, en este caso, tanto la reseñada vivienda sita en Carboneras como la parcela referida, son notoriamente divisibles y así lo concluye el juzgador de instancia adjudicando el 50% de cada finca, a cada uno de los comeros, partes litigantes de este proceso, pues ciertamente la división de las mismas era posible, sin que ello las hiciera inservibles para su uso a que están destinadas, y de este modo adjudica la planta baja, incluida el referido sótano al actor, y la planta primera a la demandada, y sin que se aprecie que ello origine a ninguna de las partes un gasto considerable, pues si bien es cierto que así lo alega la recurrente, en modo alguno ha resultado acreditado, correspondiendo la carga de la prueba de tal extremo, como hecho optativo o impeditivo, a la parte que lo invoca conforme preceptúa el artículo 217 de la LEC.

Así pues, la sentencia impugnada divide las señaladas fincas en régimen de propiedad horizontal como lo permite el artículo 401 del Código Civil, en relación a lo dispuesto en el artículo 396 del mismo Código, atendiendo a las características de dichas fincas, vivienda y parcela, que así lo permiten, no pudiendo olvidar que uno de los modos o formas a través de las cuales puede cristalizar tal facultad divisoria y extintiva de la comunidad, cuando el bien comunitario es un edificio es mediante la constitución del edificio en régimen de propiedad hori-

zontal conforme autoriza el párrafo segundo del artículo 401 del Código Civil citado, y aplicado en el caso de autos por el juzgador pues las características del edificio lo permiten, tanto desde el punto de vista meramente estructural o arquitectónico, y sin tener que acudir a la realización de importantes y sustanciales obras, cuanto desde la perspectiva de las adjudicaciones individualizadas e independientes que se efectúan a cada uno de los condueños, estableciéndose el fraccionamiento de dicha vivienda en dos departamentos o grupos de habitaciones autónomos e independientes, y su adjudicación el 50% a cada uno y en consecuencia fijándose dos partes iguales, con independencia de su valoración, pues se adjudica a cada una de las partes, la mitad de la finca, o sea exactamente igual patrimonio, y sucede exactamente lo mismo respecto a la referida parcela sita en la comunidad Bermejales sitio San Cristóbal de Jaén, y la paralizada obra que en ella se encuentra, y que es objeto de un procedimiento penal en tramitación por la presunta comisión de un delito contra la ordenación del territorio, que se sigue en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jaén, Diligencias Previas núm. 2720/05, siendo tal finca en cualquier caso divisible, debiendo adjudicarse el 50%, luego dos partes iguales, y teniendo en cuenta la paralizada obra que hay en ella, corresponderá a cada parte el 50% de la misma, debiendo realizarse dos lotes igualitarios y atribuirse a cada comunero una mitad de la misma.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales un crédito contra la esposa por el importe de las mejoras realizadas en una vivienda propiedad de sus padres por el coste de los materiales empleados en dicha obra satisfechos con dinero ganancial de los esposos como del trabajo personal efectuado por el esposo para llevar a cabo las mejoras, ya que en caso de existir un crédito lo sería frente a la madre de la esposa y la comunidad de herederos.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Valdés Garrido

En el trámite de formación de inventario del presente procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales de los esposos Juan Carlos y María Cristina, cuyo matrimonio fue declarado disuelto, por divorcio, en virtud de Sentencia judicial dictada en fecha 26 de mayo de 2006, frente a la resolución de instancia determinativa del activo y del pasivo del haber ganancial, recurre en apelación la esposa la inclusión en el inventario como activo de la sociedad de gananciales de un crédito de dicha sociedad contra la esposa por el importe de las mejoras realizadas en la que fue vivienda familiar del matrimonio, tanto comprensivo del coste de los materiales empleados en dicha obra satisfechos con dinero ganancial de los esposos como del trabajo personal efectuado por el esposo para llevar a cabo las mejoras, a excepción del coste de la reforma del tejado cuyo importe fue sufragado por los padres de la esposa, y todo ello en una cuota o participación del 50% de su importe total, en atención a que actualmente la esposa es propietaria de la mitad indivisa de la referida vivienda, por herencia de su padre.

En su escrito de recurso, la esposa-recurrente fundamenta su pretensión de exclusión del inventario de tales partidas del activo sustancialmente en la consideración de no resultar de aplicación al supuesto contemplado el artículo 1359 del Código Civil, teniendo en cuenta que dichas obras de mejora, al tiempo de su ejecución, lo fueron en la casa propiedad de los padres de la esposa y en vida de los mismos, donde el matrimonio de los esposos litigantes residía; de tal forma que, habiendo sido efectuadas íntegramente tales obras de mejora en un bien cuya titularidad en pleno y exclusivo dominio por aquel entonces ostentaban los padres de la esposa y habiendo adquirido esta última por legado dispuesto en el testamento de su difunto padre un bien ya mejorado, no puede entenderse que junto con dicho bien haya adquirido, además, la cuota correspondiente al condominio del testador en ese inmueble en relación al posible débito contraído con el matrimonio litigante por las obras de mejora realizadas a su costa en el inmueble, toda vez dicha deuda no sigue al bien como si fuera una carga real sino que pasa a integrar la masa hereditaria del causante en calidad de pasivo de la misma; con lo cual, cabe concluir que, en caso de existir algún crédito de la sociedad de gananciales de litis como consecuencia de tales mejoras, lo sería no contra la espo-

sa (adquirente por legado de la mitad indivisa de la casa ya mejorada) sino contra la madre superviviente de la esposa María Cristina y la Comunidad de herederos del finado padre de la misma.

La pretensión de la esposa-apelante, esto es, de exclusión como partidas del activo del inventario de los créditos de la sociedad de gananciales contra la misma objeto de la presente controversia, debe ser acogida, si bien con base en una argumentación jurídica distinta a la explicitada en el escrito de recurso de apelación.

Tanto en la resolución de instancia impugnada como en el escrito de recurso se viene a conceptuar a la esposa como propietaria actual de una mitad indivisa de la casa mejorada, por herencia de su padre fallecido. Lo cual, a la vista de la prueba practicada en los autos, no puede sustentarse ante la no acreditación de que se hubiere procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales de los progenitores de la esposa ni tampoco a la subsiguiente partición de los bienes dejados por su finado padre.

Al respecto, constituye criterio jurisprudencial admitido el que durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad posganancial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, y en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto, en caso de disolución por muerte) ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (SSTS de 21 de noviembre de 1987; 8 de octubre de 1990; 23 de enero de 2003; 10 de julio de 2005; 17 de octubre de 2006 entre otras).

Dado que el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, previa a la misma es claro que ha de procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales del testador disuelta por mor de su fallecimiento.

Pero es más, según resulta de los artículos 1056, 1057, 1058 y 1059 del CC, en la sucesión testamentaria, cual aquí acontece, la partición puede realizarse por el propio testador o bien encomendarse por éste a otras personas, denominadas contadores-partidores, pudiendo los herederos, en otro caso, efectuar por sí mismos la partición, debiendo de acudir a la vía judicial si no se pusieren de acuerdo en el modo de llevarla a cabo.

En el supuesto contemplado, aun cuando en el testamento del causante Isidro –padre de la esposa litigante–, de fecha 9 de enero de 1990, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1056 CC, se hagan específicas adjudicaciones de bienes en favor de la casa de su habitación, con el terreno de su circundado y la loza, ropa, muebles, enseres y todo lo que exista dentro de ella, a puertas cerradas, ello no alcanza a constituir una efectiva partición hereditaria.

En principio, como anteriormente se indicó, habría precisamente que determinar los concretos bienes que al mismo –y, en su lugar, a sus herederos– procedería adjudicar en la liquidación de la sociedad de gananciales formada con su esposa supérstite María Cristina, madre de la esposa litigante María Cristina.

Y, en un segundo término, es de señalar que asimismo constituye criterio jurisprudencial admitido, del que cabe citar como exponente la Sentencia del TS, de fecha 7 de septiembre de 1998, el que no toda disposición del testador sobre bienes hereditarios puede estimarse como una auténtica partición hereditaria, existiendo para delimitar tal cuestión una «regla de oro» consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones-inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes pero cuando así no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales el testador se limita a expresar su voluntad para que, en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione.

Y así se ha de entender sucede en el presente caso, desde el momento en que el causante en su testamento, tras efectuar una serie de concretas adjudicaciones de bienes entre sus hijos, al final dispone que en el remanente de los bienes y derechos que pueda haber los adjudica a sus tres citados hijos, por partes iguales, haciendo después designación expresa de contadores-partidores, cuyo nombramiento carecería de sentido de llevar a cabo la partición el propio testador.

De ahí que, a tenor de la prueba practicada, no quepa atribuir a la esposa litigante la condición de copropietaria del inmueble con una concreta cuota sobre el mismo que haga factible el establecimiento a su cargo de una deuda, en relación a las mejoras, proporcional a su participación; ello sin perjuicio del derecho sobre las mejoras de la sociedad ganancial de los esposos litigantes ejercitable frente a los dueños de la edificación que, a tenor de la actual situación descrita en el proceso, vendrían a conformar la madre de la esposa María Cristina y la Comunidad Hereditaria del finado padre de la misma.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Absoluta imposibilidad de considerar como bien ganancial un inmueble que consta registralmente inscrito a favor de terceros. El incidente de formación de inventario no es la sede adecuada para declarar la ineficacia de un título inscrito.

AP CANTABRIA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Milagros Martínez Rionda

Comenzando con el recurso interpuesto por la representación de la Sra. Camila, procede únicamente afirmar la absoluta imposibilidad de considerar como bien ganancial un inmueble que consta registralmente inscrito a favor de terceros.

El incidente de formación de inventario no es la sede adecuada para declarar la ineficacia de un título inscrito. La pretensión de nulidad del derecho de propiedad habrá de hacerse valer, en su caso, en el juicio ordinario correspondiente, frente a los titulares registrales, instando simultáneamente la rectificación del asiento frente a los terceros de buena fe que pudieran verse afectados.

De conformidad con lo expuesto, la propiedad sobre la vivienda familiar pertenece a terceros distintos de los litigantes en virtud de un título válido y vigente –mientras no se declare su ineficacia– siendo esta relevante circunstancia la que impide plantearse la naturaleza privativa o ganancial del inmueble en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de la indemnización percibida por un cónyuge constante la sociedad de gananciales sin que pueda transformarse en ganancial por el hecho de haber sido ingresada en una cuenta común.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Este Tribunal viene manteniendo de modo reiterado (*vid.* Sentencias de 15 de mayo de 1995, 1 de julio y 28 de noviembre de 1997, 13 de mayo de 1998, 14 de febrero de 2003 y 21 de febrero de 2006, entre otras muchas) que, en orden a la determinación de la naturaleza jurídica, ganancial o privativa, de la indemnización percibida por uno de los cónyuges a consecuencia de su cese laboral, debe tomarse en consideración de modo principal la finalidad de tal prestación, pues la misma ni viene a retribuir un trabajo ya realizado con anterioridad, ni constituye un complemento del sueldo entonces percibido, ya que lo determinante de la indemnización no es en sí, de modo directo e inmediato, el trabajo ya retribuido en el pasado, sino la pérdida, al menos momentánea, de tal derecho fundamental (*vid.* artículo 35 de la Constitución), teniendo, en consecuencia, un componente prioritario de resarcimiento moral, sin perjuicio de obvios aspectos de reparación del daño material inherente a la pérdida del poder adquisitivo, los que, sin embargo, no siempre concurren, pues el cese laboral puede ir seguido, de manera inmediata o a corto plazo, de la reincorporación al mercado de trabajo, inclusive en mejores condiciones retributivas que las derivadas de la extinguida relación laboral.

Sobre dicha base, y en las hipótesis en que la extinción del contrato de trabajo se produce una vez disuelta la sociedad legal de gananciales, que determina el necesario desglose de las economías de uno y otro cónyuge, hemos declarado que las consecuencias de la pérdida del trabajo de uno de los esposos, sólo al mismo pueden ya afectar, con la correspondiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización que, conforme a lo dicho, no retribuye servicios laborales prestados en el pasado, ni

siquiera con carácter de complemento salarial, pues los mismos ya fueron remunerados con anterioridad e incorporados, en su momento, a la masa común, teniendo, por el contrario, una indiscutible proyección de futuro y, por ello, ajena a los principios inspiradores del régimen económico-matrimonial ya extinguido. Y en tal sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 1999.

No tan pacífica resulta la respuesta a dicha problemática en el supuesto en que el cese laboral se produce durante la vigencia de la sociedad ganancial, existiendo, al respecto, posturas dispares entre los distintas Audiencias Provinciales, sosteniendo las que se decantan por la condición comunitaria de dicha indemnización su encaje en las previsiones del artículo 1347.1.º del Código Civil.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de junio de 2000, aunque no aborda en profundidad la cuestión analizada, declara que «la indemnización por despido no tiene el carácter de bien ganancial, porque no es retribución de trabajo alguno», añadiendo, en la de 29 de junio de 2005, que «la indemnización se satisface por la pérdida del trabajo, no atendiendo al pasado, sino mirando al futuro, se tiene en cuenta que deja de desarrollar su trabajo, derecho reconocido en la Constitución (artículo 35.1) y se le indemniza por ello».

Tal doctrina jurisprudencial ya apunta claramente, a los efectos hoy debatidos, la diferencia entre el trabajo, como un derecho fundamental individual, y el beneficio económico derivado de la actividad laboral. Y así mientras que este último, obtenido durante la vigencia del régimen económico ganancial, tiene un indiscutible carácter comunitario, por así disponerlo inequívocamente el artículo 1347.1.º del Código Civil, aquél participa de la naturaleza de los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona, lo que determina su incardinación, como privativo, en el artículo 1346.5.º de dicho texto legal. Por lo cual, cuando de tal derecho queda privado uno de los cónyuges, a consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, la indemnización que el mismo pueda percibir por tal causa sustituye a aquel derecho privativo, o genuinamente particular, según lo califica el Tribunal Supremo. Nos encontraríamos, en consecuencia, ante un bien adquirido en sustitución de otro privativo, a tenor de lo que previene el artículo 1346.3.º, lo que conlleva igual calificación jurídica.

Y en efecto, tampoco puede afirmarse que la referida indemnización sustituya a los salarios que se dejan de percibir tras el cese laboral, pues, conforme se ha dicho, no es ésa la finalidad fundamental de tal resarcimiento económico, habida cuenta que la extinción de un contrato no impide la reincorporación inmediata, o a corto plazo, al mercado laboral, pudiendo disfrutar el trabajador, en el ínterin, de las correspondientes prestaciones por desempleo cuyo objetivo, ahora sí, es el de paliar, al menos, la pérdida del salario.

Entenderlo de otra manera, nos llevaría, en hipótesis extremas, a consecuencias ilógicas, pues se integraría en la masa ganancial la indemnización percibida por un despido laboral producido inmediatamente antes de la disolución societaria, en tanto que habría de calificarse como privativa de acaecer tal cese en fechas posteriores a tal extinción de la comunidad ganancial, haciéndose depender ello, en definitiva, de la mayor o menor duración del procedimiento, lo que, a mayor abundamiento, puede derivar de causas ajenas a la actuación procesal de las partes.

Ha de precisarse finalmente que, al contrario de lo que sostiene la parte apelante, resulta indiferente, en orden a la calificación jurídica de la indemnización por cese laboral, que la misma responda a un despido improcedente o a una baja incentivada por jubilación anticipada, pues en cualquiera de tales supuestos la referida prestación responde a idéntica finalidad resarcitoria, por la pérdida del derecho al trabajo.

En consecuencia, no podemos concluir que el pronunciamiento impugnado vulnere las previsiones del artículo 1347.1.º del Código Civil.

Al contrario de lo que alega la recurrente, no ha quedado acreditado, al menos a través de las actuaciones ahora elevadas a nuestra consideración, que la indemnización laboral percibida por el Sr. Luis Ángel fuese invertida en una cuenta de valores «consorcial» de titularidad conjunta de ambos cónyuges, dado que en el documento bancario incorporado al folio 19 de las actuaciones aparece como único titular de la cuenta don Luis Ángel.

Pero aun en la hipótesis apuntada por la recurrente, esto es el ingreso en una cuenta conjunta, ello, por sí solo, no podría desvirtuar la naturaleza jurídica de la partida que se debate. Así, el Tribunal Supremo declara, de modo reiterado, que el mero hecho de la apertura de una cuenta bancaria con titulares plurales no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por la relaciones internas que medien entre los titulares conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos; por lo cual el solo hecho de abrir una cuenta de forma conjunta e indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a los figurantes titulares (Sentencias de 6 de febrero de 1991, 15 de julio de 1993, 19 de diciembre de 1995, 7 de junio de 1996 y 29 de septiembre de 1997, entre otras muchas).

Y en cuanto finalmente tampoco consta, aparte de dicho dato meramente formal, e insuficiente por

lo expuesto, una voluntad expresa e inequívoca de atribuir el numerario existente en la cuenta bancaria carácter ganancial, tal como exige el artículo 1355 del Código Civil, tampoco bajo dicho planteamiento puede prosperar la pretensión revocatoria articulada.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No se concede validez al convenio suscrito en su día entre los litigantes no homologado judicialmente por el que pactan la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales, dado que para la disolución era necesario que se hubiese otorgado una escritura pública, desestimándose en consecuencia la demanda en la que se solicita que se eleve a público aquel documento.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Covadonga Sola Ruíz

Frente a la Sentencia dictada en la instancia que desestima en su integridad las pretensiones del actor, se alza la parte actora alegando sustancialmente errónea interpretación de la doctrina jurisprudencial, dado que a su entender aquélla avala su pretensión de dar plena validez al convenio suscrito en su día entre los litigantes no homologado judicialmente por el que pacta la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales y en consecuencia, interesa se revoque la sentencia de instancia y en su lugar tras declarar la validez del referido convenio, se condene a la demandada a elevar a escritura pública el mismo y con expresa condena en costas.

En sentido inverso, la parte demandada se ha opuesto al recurso de apelación, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida, con expresa imposición de costas al apelante.

Delimitado así el objeto de la presente alzada que queda pues circunscrito a analizar la validez del convenio regulador de separación suscrito por ambas partes litigantes, de fecha 25 de noviembre de 2004, y más en concreto, de su estipulación Quinta, por las que las partes «consienten, libre y voluntariamente, en la disolución y posterior liquidación de los bienes gananciales», con adjudicación concreta de los bienes previamente inventariados, convenio que no llegó a ratificarse ni en el inicial proceso de separación, ni posteriormente en el procedimiento de divorcio que bajo el número 906/2005, se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, y en el que con fecha 2 de mayo de 2006, recayó Sentencia, en cuyo fallo, entre otros pronunciamientos, se deja constancia de que «las partes se reservan las acciones que les puedan corresponder para declarar la validez o no del convenio regulador suscrito en su día, y no homologado judicialmente por falta de ratificación de uno de los cónyuges, para ejercitarlas en un pleito posterior; que será entonces cuando se determine la fecha de liquidación del régimen económico-matrimonial», este Tribunal no puede sino compartir la conclusión alcanzada por la juzgadora de instancia, y que descansa en una interpretación acorde a la doctrina jurisprudencial que expresamente se recoge en la resolución recurrida.

Y así, es cierto que, los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio), en el ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (Sentencia de 22 de abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir además de los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 CC), las formalidades igualmente exigidas por la ley, carácter *ad solemnitatem* o *ad sustantiam*.

Tal es la conclusión que se extrae de la STS de 3 de febrero de 2006, citada en la instancia y transcrita íntegramente por el propio recurrente, y en la que resolviendo un caso similar al que nos ocupa, atendiendo al propio contenido de la sentencia que casa (SAP Almería de 3 de febrero de 1999), y al propio planteamiento de los problemas que efectúa en el Fundamento de Derecho Tercero, claramente concluye que aun admitiendo la autonomía privada de los cónyuges para pactar lo que crean más conveniente para sus intereses, pudiendo utilizar los documentos privados «siempre que las leyes no exijan para la validez del acto que están realizando, el otorgamiento de escritura pública ... Por lo que exigiéndose para la disolución del régimen

de gananciales una de las causas establecidas en el artículo 1392 del Código Civil, cuando la disolución tenga lugar por voluntad de los cónyuges debe utilizarse la forma prescrita, para convenir un régimen distinto. Estos límites no podrán ser traspasados por los cónyuges cuando, en virtud de su autonomía, resuelvan en documento privado lo más conveniente para sus intereses» (Fundamento de Derecho Quinto)...

No es cierto por tanto, como erróneamente interpreta la recurrente, que aquella resolución no admitiera la validez de un convenio como el que nos ocupa, por entender que el largo tiempo transcurrido implicaba un desistimiento tácito, lapso temporal que no concurre en el presente litigio toda vez que inmediatamente a su suscripción se instó el correspondiente procedimiento judicial para su homologación, al contrario, el propio Fundamento de Derecho Sexto, *in fine,* de la expresada resolución, expresamente refiere «Por ello debemos aceptar el recurso de casación porque la disolución del régimen no pudo haberse efectuado en el documento privado y, aunque es cierto que la concreta liquidación puede realizarse en este tipo de documentos, no es posible realizarla cuando la disolución del régimen no ha tenido lugar» (Fundamento de Derecho Sexto *in fine*).

Por último, y en orden a la alegación que se efectúa de que precisamente con la petición de que se eleve a escritura pública los acuerdos alcanzados, se estaría dando así cumplimiento al requisito de forma que se le exige por el juzgador *a quo,* decir que tal pretensión es insostenible, por cuanto ni es procedente hablar de compraventa, ni de división de cosa común; se trata de un acuerdo privado sobre disolución del régimen económico-matrimonial, en el que como se expuso y rompiendo el criterio general de nuestro sistema contractual impregnado por el principio espiritualista, según el cual la forma escrita se exige únicamente como requisito *ad probationem,* establece como requisito formal *ad solemnitatem* para su validez que se efectúe en escritura pública (fuera de los casos de disolución judicial), y como es sabido dicho requisito formal es un elemento esencial del contrato, de tal modo que su falta determina la nulidad radical, o, más técnicamente, la inexistencia.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se admite la petición de diligencias preliminares entre los cónyuges en relación con la liquidación de gananciales, si bien es preciso que se concrete qué clase de procedimiento se va a interponer.

AP JAÉN, SEC. 2.ª, AUTO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Elena Arias Salgado Robsy

La resolución dictada en la instancia, estimando la oposición suscitada frente a la solicitud de medidas preliminares consistentes en la exhibición de los documentos y cuentas relativos a la Sociedad de Gananciales habidos entre la actora y el Sr. Juan Luis, declara justificada la oposición de este último, siendo la base de dicha resolución el que la diligencia interesada no se halla comprendida entre las previstas en el artículo 256 de la LEC al utilizarse un precepto concebido para otro tipo de sociedades distintas de la de gananciales de un lado, y que no se expresa con claridad el objeto de la diligencia y el interés de la solicitante, de otro, y todo ello al haberse realizado en fecha anterior a la demanda capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales, no inscrita en parte en el Registro de la Propiedad por motivo de una incorrecta atribución de ganancialidad a un bien privativo y no por falta de las cuentas liquidatorias.

Frente a dicha decisión se alza el recurso formulado por la demandante alegando que la misma no se ajusta a derecho resultando contradictoria en su argumentación al estimar de un lado que el artículo 256 de la LEC debe ser interpretado con cierta flexibilidad sin llegar a forzarlas para luego considerar que la solicitada no se encuentra comprendida por estar prevista para otro tipo de sociedades distintas de la de gananciales.

Al respecto conviene citar el Auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002 en cuyo Fundamento Segundo estudia las Diligencias Preliminares diciendo: «Segundo.– Pueden considerarse las Diligencias Preliminares como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia. Ya la sentencia

de esta Sala de 20 de junio de 1986 estimó tales diligencias como el conjunto de actuaciones dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, por lo que se trata de un proceso aclaratorio que carece de ejecutabilidad. Resultan tradicionales en nuestro Derecho Procesal, pues no sólo se encuentran en la Ley de 1881, sino en su precedente de 1855 y se regulan en la Ley vigente, que no se limita a reproducir el texto precedente, sino que amplía los supuestos de aplicabilidad de tales diligencias, si bien elimina alguno de los existentes en la legislación anterior. Interesa destacar que, planteada en la *praxis,* si tales diligencias se encuentran o no sujetas a un *numerus clausus,* o sea si sólo pueden pedirse las consignadas expresamente en la ley o pueden pedirse respecto a otros supuestos de análoga finalidad, la solución fue contradictoria, pues mientras que algunas Audiencias Provinciales en sus sentencias siguieron el criterio taxativo, otras las admitieron en supuestos no previstos en la ley, si bien predominó el criterio restrictivo. Tal criterio es el hoy existente en la nueva Ley pues aunque no lo dice expresamente, hay que entenderlo así, porque ha suprimido alguno de la Ley precedente –*ad exemplum*–, la exhibición de títulos en casos de evicción a que se refería el artículo 497.4.º LEC/1881, pero ha creado nuevos supuestos, como el núm. 6 del actual artículo 256 referido a la defensa de intereses colectivos de consumidores o usuarios. Finalmente, el núm. 7 admite otros supuestos para la protección de determinados derechos previstos en leyes especiales. Por tanto la conclusión, es que sólo pueden considerarse Diligencias Preliminares las establecidas en el artículo 256 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil o «las establecidas en las correspondientes leyes especiales», a que se refiere el núm. 7 de dicho artículo.». Es claro, en consecuencia que se trata de un *numerus clausus.*

En cuanto a su naturaleza objeto y requisitos, debemos constatar que, conforme decía el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sec. 3.ª), de 15 marzo de 2005, «Las diligencias preliminares en los términos que vienen configuradas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se refieren a aquellos hechos, elementos o datos que son necesarios e indispensables conocer o tener para iniciar correctamente un proceso, facilitar su desarrollo o asegurar la eficacia de la Sentencia que en su día se dicte, como su nombre indica son anteriores al juicio y aun cuando pueda intervenir el deudor, no implica contienda, sino mera comprobación de un hecho, dado que el juicio sólo principia por demanda. Es unánime la doctrina al considerar que los supuestos regulados en el artículo 256 han de calificarse como *numerus clausus,* es decir, sólo pueden solicitarse aquellas que se incluyan en la citada norma, debiendo rechazarse toda aquella que no esté contemplada expresamente, aunque ello no impide que se deba realizar una interpretación flexible de los supuestos contemplados en la citada norma. El fundamento se encuentra en la necesidad de la seguridad jurídica evitando que se puedan interesar la práctica de diligencias con fines distintos a los se han tenido en cuenta por el legislador, conclusión a la que se llega en base a los términos que emplea la citada norma y que expresamente señala la Exposición de Motivos cuando declara: "Sin embargo, la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas. Por otra parte, sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén, no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios".

Las Diligencias Preliminares, reguladas en el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como preparación de un juicio, están previstas con la finalidad de facilitar la posibilidad de conseguir la información documental necesaria para la presentación de la demanda por parte de quien esté legitimado para ello.

La solicitud de este auxilio judicial para examinar un documento, a fin de que le sea exhibido, se basa en la imposibilidad de tener acceso al mismo de otro modo y en la necesidad de conocerlo, a fin de poder deducir una determinada pretensión por quien se encuentra directamente afectado por su contenido.

Ahora bien, no cabe una petición indiscriminada de documentos, sino que dichas peticiones han de estar en función del juicio posterior que se vaya a plantear. Por ello que el artículo 258 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exija, para acceder a la pretensión, que el Juez aprecie si la diligencia interesada «es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo».

La inadmisión de las diligencias preliminares, puede fundamentarse, bien en que no estén comprendidas en ninguno de los supuestos legales, bien en que, tratándose de alguna de las diligencias previstas en el precepto, el Tribunal considerare, a tenor del artículo 258 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que las diligencias interesadas no resultaren justificadas.»

Dicho lo cual, y en relación con la cuestión de si la diligencia contemplada en el núm. 4 del apartado primero del precepto que dice «Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los

tenga en su poder», puede estimarse aplicable a la sociedad de gananciales, efectivamente habrá que compartir la tesis del recurrente, pues en principio no se aprecia motivo alguno para excluir del precepto a los cónyuges partícipes en la sociedad de gananciales. Otra cosa será que en el caso, y habida cuenta de que dicha sociedad quedó disuelta por las capitulaciones matrimoniales otorgadas por la demandante y su marido en el año 1996, y al parecer liquidada en no sabemos qué fecha, que pueda hacerse valer esa extinguida condición de socio en el supuesto de autos, cuando lo que se pretende con la petición de diligencias, según se expresa en la misma, es acceder a los documentos explicativos de una serie de conceptos o partidas, «con carácter previo a la interposición de una demanda, si procede». Demanda que no dice cuál será su objeto.

Y con ello enlazamos con la segunda cuestión que se suscita en el recurso y por la que se deniega en la resolución recurrida la petición de diligencias preliminares, que no es otra que la justificación de la misma, al no concretarse en el escrito, por más que ahora se transcriba, si lo que se pretende es preparar una futura demanda de impugnación o nulidad de la liquidación de gananciales realizada de hecho, tras la separación de bienes, y que ahora se alega resultó no concluida correctamente, –lo que en definitiva supondría que lo pretendido con la petición es procurarse prueba para ello, que no es la finalidad de las diligencias preparatorias–, o se está pretendiendo una especie de rendición de cuentas anticipada que tampoco puede conformar el objeto de las diligencias.

Ni en la solicitud inicial ni ahora en el recurso se concreta su fundamento ni contiene referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiere preparar como exige taxativamente el apartado segundo del precepto legal, lo que en definitiva conllevará la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la resolución recurrida, pues se pretende utilizar un instrumento procesal indebidamente con un objeto y finalidad que no son los que contempla la norma y sin otro fundamento que revisar y comprobar, como se deduce del recurso y de la solicitud, las partidas que se compensaron para realizar de hecho la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, que se dice fue defectuosa, lo que excede del objeto y finalidad de las diligencias preparatorias.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Como la vivienda es de VPO, al ejercitarse la acción de división de cosa común, se acuerda la venta en pública subasta, no pudiendo rebasarse en la misma el precio máximo de venta establecido en la ley, debiendo reunir quien participe en la subasta los requisitos para ser adjudicatario de una vivienda de VPO. La celebración de la subasta se notificará a la Administración que tiene derecho de tanteo y retracto.

AP BARCELONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Recio Córdova

Planteado el debate en esta segunda instancia en los términos referidos, conviene comenzar por precisar que la actora ejercita la *actio comuni dividundi* respecto a la vivienda común de los litigantes, interesando en el suplico de la demanda se dicte sentencia en la que se declare extinguida la comunidad constituida y se proceda a su venta en pública subasta, de modo que nos encontramos ante el derecho que tiene todo copropietario a que se divida la cosa común, recogido en el artículo 400 CC, y, por tanto, nada impide al ahora actor interesar la división del piso propiedad por mitad y proindiviso de los litigantes, que deberá efectuarse, según prevé el artículo 404 del mismo texto legal, mediante su venta en pública subasta, y correspondiente reparto del precio entre los comuneros, dado que la vivienda aparece como esencialmente indivisible, y los condueños no han convenido, de momento, que se adjudique a uno de ellos indemnizando al otro.

Cabe igualmente destacar, en lo que se refiere al acuerdo entre los comuneros en que se adjudique a uno de ellos indemnizando al otro, que lo que precisamente pretende el artículo 404 CC es conceder a los comuneros acción para dividir la cosa común cuando no exista acuerdo al respecto entre los mismos, pero ello no supone que quien pretenda ejercitar la acción venga obligado a interesar una indemnización del condueño que, se supone, tiene mayor interés en la adquisición de la finca, sino simplemente que los mismos no se ponen de acuerdo sobre la forma de terminar con la comunidad, y es

evidente que no existe tal acuerdo cuando el ahora demandante interesa la división de la comunidad.

Se ha de recordar en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1986 cuando afirma: «El artículo 404 del Código Civil, en relación con el 1062 requiere, según reiterada jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo 28 de febrero de 1985, 7 de marzo de 1985, entre otras) que se demuestre la indivisibilidad de la cosa común, por su naturaleza o por su función económica y la falta de convenio entre los condueños para su adjudicación a uno de ellos indemnizando a los demás y así dar paso a la venta en pública subasta y estos requisitos, que son cuestionados de hecho, los estima aprobados la Sentencia de instancia, por lo cual se ha de desestimar el motivo 5.º y último, ya que no existe infracción del artículo 404 del Código Civil, aunque debe recordarse también que, como recoge este Tribunal en Sentencia 21 de noviembre de 1960, para que proceda la venta de la cosa común indivisible, basta con el deseo de alguno de los comuneros y que, en todo caso, la existencia de acuerdo para que se adjudicara a uno de ellos, indemnizando a los demás, debió haberse probado para que se estimara vulnerado el artículo 404».

En consecuencia, basta lo hasta ahora dicho para rechazar el recurso de apelación formulado por la parte demandada en la medida en que, de momento, no existe acuerdo de los copropietarios al respecto, sin que exista motivo relevante alguno que justifique reconocer un derecho de adquisición preferente a la Sra. Araceli.

No mejor suerte ha de correr la impugnación de la resolución apelada que efectúa la parte actora referida a que el precio de venta del inmueble no debe estar limitado en atención al precio máximo autorizado por la Dirección General de Habitatge de la Generalitat de Catalunya dada su condición de Vivienda de Protección Oficial, y ello por cuanto esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto como el de autos en la misma forma que ahora lo hace la sentencia de instancia, que expresamente concluye en su Fundamento de Derecho Tercero que «en atención al carácter de vivienda de protección oficial que recae en la vivienda objeto del litigio, el precio de venta del mismo no podrá ser superior al precio máximo autorizado por la Dirección General de Habitatge de la Generalitat de Catalunya y en las condiciones establecidas que recaen en este tipo de vivienda, cuya venta a precio de mercado conllevaría una infracción administrativa».

En efecto, en Sentencia de fecha 17 de enero de 2007, dictada en el Rollo 735/2005, analizamos un supuesto como el de autos y decíamos entonces lo siguiente:

«Segundo.- Aunque las partes litigantes no discuten la procedencia de la acción de división de la cosa común, y el juzgador de instancia la califica de un derecho indiscutible e incondicional para cualquier propietario (con base en el artículo 400 del CC), la cuestión es algo más compleja porque las fincas objeto de la indicada acción de indivisión (vivienda y plaza de parking anexa a la misma), están sometidas al régimen de las vivienda de protección oficial, en su vertiente de viviendas de promoción pública, y esta circunstancia trastoca el régimen ordinario de la acción de división, prevista en el Código Civil, y exige de los tribunales la aplicación de las normas específicas que las regulan.

El objetivo de tales normas es facilitar el acceso a la propiedad de una vivienda a aquellas familias cuyos ingresos no les permitan obtenerla a través de los mecanismos normales del mercado inmobiliario, y es ésta la razón por la cual, la ulterior transmisión de la vivienda obtenida al amparo de esta legislación especial, está también controlada, tratando de evitar de este modo, que las viviendas protegidas puedan ser objeto de algún tipo de especulación comercial.

En este sentido, el artículo 54 del Real decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, que desarrolla el Real decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial, establece que las viviendas de promoción pública sólo podrán transmitirse, intervivos, en segunda o sucesivas transmisiones por los propietarios cuando hayan transcurrido cinco años desde la fecha del contrato de compraventa, y siempre que previamente se haya satisfecho la totalidad de las cantidades aplazadas.

Por su parte, el Decreto 157/2002, de 11 de junio, por el que se establece el régimen de las viviendas de protección oficial a cargo de la Generalitat, dispone en su artículo 17 que los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio, ..., no podrán transmitirse intervivos ni ceder el uso de la vivienda por ningún título durante el plazo de 10 años desde la formalización del presente préstamo calificado, añadiendo que excepcionalmente, y por causa justificada podrá autorizarse la transmisión por parte del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas..., previa cancelación del mencionado préstamo calificado y previo reintegro de las ayudas obtenidas, más el abono de los intereses legales desde el momento de su percepción. Transcurridos 10 años desde la formalización del préstamo, la transmisión intervivos o la cesión del uso de las viviendas comportará la pérdida de la condición de préstamo calificado y la entidad

que lo hubiere concedido podrá determinar su resolución.

Finalmente, el artículo 10 del RD 1/2002, de 11 de enero de 2002, de medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del plan, establece que la prohibición de disponer y las limitaciones a que se refieren los apartados 2 y 4 de este artículo se harán constar expresamente en las escrituras de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y en la escritura de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Pues bien, en la escritura de aceptación de la compra, suscrita en fecha 12 de junio de 1989, por los esposos inicialmente demandados, se reseñó en el apartado séptimo de la misma, y así se recoge transcrito en el Registro de la Propiedad (f. 17 v.) que la parte compradora no podrá enajenar la vivienda hasta haber hecho efectiva la totalidad de las cantidades aplazadas, y en todo caso, hasta que hayan transcurrido cinco años desde la fecha de la compra, de acuerdo con lo que dispone la legislación vigente de Viviendas de Protección Oficial.

La existencia de una cláusula en los términos reseñados podría hacer pensar en la inviabilidad de la acción encaminada a la venta de la vivienda de protección oficial, tanto de la que resulte de un embargo por deudas del propietario, como de la que deriva de la acción de división de la cosa común, pues el carácter indivisible del bien aboca a su venta...

En relación al segundo supuesto, que es el que nos ocupa en este pleito, esto es, la procedencia de una acción de división de cosa común, la cuestión resulta aún más compleja y así, por ejemplo, la Sentencia de 22 de octubre de 2001, de la Audiencia Provincial de León, siguiendo lo apuntado en la STS de 10 de diciembre de 1991, desestimó la referida acción argumentando que faltaba el elemento esencial para que pudiera ejercitarse, cual era que el dominio del bien perteneciera a los condueños en indivisión, lo que no acontece hasta el total pago del precio aplazado.

A juicio de esta Sala, la cuestión relativa a la procedencia de la acción de división también debe ser resuelta de manera afirmativa, porque a pesar de la existencia de la indicada cláusula de prohibición, se reconoce a la Administración la facultad de ejercitar los derechos de tanteo y de retracto (artículo 54 del RD 3148/1978 citado), lo que pone de manifiesto que la cláusula limitativa reseñada no entraña una verdadera prohibición de disponer, ni mucho menos una reserva de dominio.

Por tanto, debe admitirse la procedencia de la venta de la vivienda para hacer cesar la situación de indivisión, siempre y cuando se respeten las exigencias de la legislación propia de las viviendas de protección oficial, tanto en lo relativo a las personas que puedan adquirir la vivienda, como en relación al precio que pueden pagar por la misma.

Tercero.– Lo anterior determina dos importantes consecuencias: 1) que la Administración deberá tener conocimiento y autorizar la venta que se pretende llevar a cabo, y 2) que el precio máximo de la referida venta no puede superar el establecido por la ley.

La intervención de la Administración será determinante no sólo para que pueda ejercitar, si lo estima oportuno, el derecho de tanteo, sino también para controlar la idoneidad de quien pretenda la adjudicación de la vivienda, porque como hemos reseñado más arriba, la condición de adjudicatario de una vivienda de protección oficial requiere que se reúnan determinados requisitos, lo que excluye de la puja a los subasteros profesionales y/o a quienes pretendan especular con la vivienda.

Resta por analizar, cuál deba ser el precio de tasación de la finca para la práctica de la subasta, y si debe fijarse a la misma no sólo el precio mínimo de salida a que se refiere el artículo 666 de la LEC, sino también un precio máximo de adjudicación, que desnaturalizaría la finalidad propia de la subasta, cual es la obtención del máximo precio posible para su reparto entre los condueños.

Conviene ante todo reseñar que el RD 3148/1978 antes mencionado, establece en sus artículos 11 y 51, el modo de calcular el precio de venta de una vivienda de protección oficial, y obra en autos certificación de Adigsa (f. 153), según el cual, el precio máximo de venta de la finca en cuestión es de 28.892,97 euros.

El juzgador de instancia considera que la finca debe tasarse con arreglo a los precios de mercado, con cita de la jurisprudencia que así lo establece.

El argumento no es admisible porque no menciona que los supuestos analizados por la jurisprudencia que reseña se refieren a situaciones de liquidación de una sociedad de gananciales, como consecuencia de la cual, deben hacerse lotes de semejante valor para su distribución entre los cónyuges, y en tales supuestos, la decisión de atribuir a las viviendas de protección oficial, el valor de mercado, resulta conforme a razón, y no vulnera la legislación especial, pues de lo contrario, se produciría una situación de desequilibrio respecto del cónyuge no adjudicatario que no podría obtener una vivienda de similar precio en el mercado inmobilario (SSTS de 11 de julio y 16 de diciembre de 1995, y de 14 de noviembre de 2002, entre otras).

Tampoco puede aceptarse que se aplique al caso de autos la jurisprudencia según la cual los contratos de compraventa de viviendas de protección oficial producen total efecto *inter partes*, aunque se haya pactado un precio superior al legalmente establecido, y ello sin perjuicio de las sanciones administrativas que en su caso resultaran procedentes (STS de 21 de noviembre de 1996).

Y decimos que la indicada jurisprudencia no es aplicable al caso que nos ocupa porque lo que se resuelve en la misma es si las ventas reúnen los requisitos de validez legalmente exigibles, resultando irrelevante, a los efectos de nulidad pretendida, el que el precio pactado hubiera rebasado el marco legal, toda vez que la venta en sí misma considerada, y en atención a los elementos que la configuran, es plenamente válida y eficaz.

Pero el razonamiento explicado no permite que los tribunales de justicia, conociendo que este tipo de viviendas están limitadas en cuanto a su precio máximo de venta, autoricen una subasta pública en la que se incumpla la referida norma.

Como hemos apuntado anteriormente, la decisión de que la venta se efectúe por subasta pública, con las limitaciones establecidas en cuanto a la identidad del adquirente y respecto al precio máximo de la misma, van a dificultar la práctica de la subasta, porque bien puede ocurrir que concurran varios postores dispuestos a satisfacer el precio máximo admitido y que además, reúnan análogas condiciones personales.

Pero en cualquier caso, el problema suscitado es inevitable y no puede servir para optar por la realización de una subasta con precio libre porque si se hiciera, se abriría el camino hacia el fraude de ley, al propiciar la inaplicación de la legislación que regula las viviendas de protección oficial, burlándose el carácter tuitivo de la misma, decisión que encuentra apoyo en la argumentación contenida en la Sentencia de la sec. 12.ª de esta misma Audiencia Provincial, de fecha 21 de marzo de 1994, que si bien analiza una cuestión jurídica distinta de la que ahora nos ocupa, apunta en la línea expresada al destacar que en la determinación y estipulación del precio de la vivienda, en caso de transmisiones, no rige el de libre concurrencia de postores.

En consecuencia, y resumiendo lo hasta aquí expuesto, procede estimar el recurso de la parte demandada y acordar que la venta en pública subasta de las fincas de autos se lleve a cabo de acuerdo con el precio máximo establecido para las mismas y con cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para poder optar a la obtención de una vivienda de protección oficial.»

La argumentación utilizada en la sentencia de esta Sala parcialmente transcrita resulta plenamente aplicable al caso de autos dado que en la escritura de «Compraventa de vivienda de protección oficial» (doc. núm. 1 de la demanda» expresamente se hace constar:

–En su Estipulación Quinta: «La vivienda objeto de esta Escritura está sujeta a las prohibiciones y limitaciones del Régimen de Protección Oficial del RD 31/1978 y demás disposiciones que lo desarrollen, y por tanto las condiciones de utilización son las reseñadas en la calificación Definitiva y los precios de venta y alquiler no podrán exceder de los límites establecidos».

–En su Estipulación Novena: «La parte compradora se obliga a no transmitir la vivienda ni sus anexos, por ningún motivo, durante el plazo de diez años desde la fecha de localización del préstamo cualificado sin cancelar el préstamo y pedir amortización de venta al Servicio Territorial, previo reintegro de las ayudas con los intereses legales desde el momento de la percepción. La vivienda no se podrá descalificar voluntariamente hasta que hayan transcurrido quince años desde la calificación definitiva, y no podrá transmitirla a persona que no cumplan las condiciones de acceder a la financiación cualificada que prevé la legislación vigente. En el supuesto de segundas o posteriores transmisiones, el precio máximo total de venta no podrá superar el legalmente establecido...»

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Validez del documento privado suscrito por los cónyuges liquidando la sociedad de gananciales aún cuando el mismo no se ratificase a presencia judicial, debiendo en consecuencia darse por finalizado el procedimiento de liquidación iniciado a instancia del esposo.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Puebla Povedano

Se trata de un procedimiento de formación de inventario de una sociedad de gananciales disuelta por divorcio otorgado el 20 de octubre de 2005. La demanda origen de estos autos es de fecha 3 de abril

de 2007 y en ella se presenta una relación de los bienes del matrimonio y del pasivo. Pero la señora demandada se opone con fecha 16 de mayo de 2007 alegando sustancialmente que con fecha 12 de junio de 2006 hubo un documento privado firmado por los dos cónyuges en el que se relacionaban el activo y el pasivo de la sociedad ganancial, y al mismo tiempo se adjudicaban los bienes.

Este documento motivó que don José se desistiese de un procedimiento liquidatorio en curso (núm. 553/06) mediante escrito de desistimiento de 26 de octubre de 2006. No consta la aprobación judicial de dicho desistimiento, pero sí un auto de sobreseimiento de 23 de febrero de 2007. El problema que ahora se plantea es el valor que pueda tener dicho documento de 12 de junio de 2006 pues no ha sido ratificado a presencia judicial.

Realmente el marido actor en este procedimiento, don José, en el escrito inicial hace una relación de bienes inventariales sustancialmente idéntica a la que se contiene en el documento de 12 de junio de 2006 que, como queda dicho es el que sirvió de base a su anterior desistimiento. Ciertamente el desistimiento no implica una renuncia a la acción que se ejercita en el proceso sino únicamente al proceso en sí mismo considerado, esto es, desde su aspecto meramente adjetivo, de tal manera que al extinguirse el proceso y no la acción, ésta puede ejercitarse en otro procedimiento distinto.

Este otro y nuevo procedimiento podría tener razón de ser cuando concurriesen circunstancias distintas a las anteriormente existentes, (por ejemplo por haber aparecido nuevos bienes de la sociedad de gananciales) pero es muy dudoso que pueda justificar otro proceso distinto cuando esas circunstancias de hecho sean las mismas pues entonces ocurriría lo que ha pasado en este procedimiento y es que la parte demandada presentara el anterior convenio con lo que la pretensión inicial estaría ya resuelta por conformidad pues, insistimos, las circunstancias son las mismas, por lo que resulta patente que de seguir en este procedimiento se estaría facilitando al esposo que vaya contra sus propios actos ya que no ha dado explicación alguna que pudiera amparar un cambio de parecer. Como indica la parte apelante, el hecho del desistimiento en el anterior procedimiento (el 553/06 de este mismo Juzgado) no priva de validez al tan repetido documento ya que las consecuencias de tal desistimiento son meramente procésales según se ha indiciado, y ello quiere decir que tiene operatividad en este nuevo pleito, cuyo objeto queda reducido a cumplir lo dispuesto en el artículo 810.4 de la LEC, finalizando el proceso. Lo contrario supondría la repetición de unos actos perfectamente válidos y, como tales, aceptables por los dos esposos.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial del inmueble adquirido constante el matrimonio y que antes se ocupaba en régimen de arrendamiento al no ser de aplicación el apartado cuarto del artículo 1346 del Código Civil, dado que no estamos ante un supuesto de adquisición preferente.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ignacio Álvarez Sánchez

Se alza el presente recurso de apelación frente a la sentencia que puso término a la primera instancia y se fundamenta exclusivamente en que la vivienda sita en la CALLE000 núm. NÚM002 de Mieres tiene carácter ganancial y no es privativo de la demandada doña Daniela. La apelante considera inaplicable el artículo 1346.4 del Código Civil, en que se funda la Juzgadora y entiende que se han vulnerado los artículos 1345, 1347, 1356, 1361 y concordantes de dicho Código.

Resulta irrelevante que haya o no transcurrido el plazo de 50 años durante el que la vivienda litigiosa gozaba de los beneficios de las de Protección Oficial, pues lo cierto es que el arrendamiento se extinguió al adquirirse la propiedad de la vivienda y en la fecha en que esto sucedió aún no se había cumplido el plazo antes indicado. De ahí que la primera alegación de la recurrente a nada conduce.

Debe acogerse, sin embargo, el recurso en cuanto afirma que resulta inaplicable al presente supuesto el artículo 1346.4 del Código Civil que considera privativos los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno de los cónyuges o a sus bienes privativos. En el presente caso ni la norma permite comprender en ella un supuesto como el presente de enajenación de la vivienda a un arrendatario por así convenir a ambas partes, ni se han tenido en cuenta como parte del precio de esa compraventa las rentas abonadas por la inquilina, estableciéndose éste libremente por los contratantes sin que conste que se tomara en consideración la

cuantía de la renta o las subrogaciones efectuadas y la posibilidad o no de otras posteriores.

Si ya resulta forzado aplicar a supuestos de venta de inmuebles a arrendatarios el artículo 1346.4 del Código Civil, que se refiere al derecho de retracto que en este supuesto no existió, debe negarse esta interpretación extensiva de la norma cuando el edificio se ofrece en venta a un inquilino y no se tienen en cuenta, como parte del precio, las rentas abonadas hasta ese momento. En ese caso lo que se conviene es la extinción del arrendamiento y la compra del inmueble por el hasta entonces inquilino, siendo aplicable el artículo 1347.3 del Código Civil que considera como bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, con independencia de la titularidad formal. Debe recordarse, además, que en caso de duda opera la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 del Código Civil.

A lo antedicho debe añadirse que la extensión del apartado cuarto del artículo 1346 del Código Civil a los supuestos de cualquier derecho de adquisición preferente, que sostienen los autores citados en la recurrida, no puede ser aplicada en el presente supuesto en que no se ejercitó ningún derecho de tal clase.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La acción de nulidad sólo dura cuatro años, plazo considerado de caducidad en recientes Sentencias del Tribunal Supremo como las de 20 de septiembre de 2007 y 5 de octubre de 2007, por lo que procede la desestimación de la demanda en la que se solicitaba la nulidad de la liquidación que se realizó en el convenio regulador.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Elizburu Aguirre

Y, tampoco, puede acogerse la pretensión de la parte apelante, en base a la normativa de aplicación subsidiaria según la misma, pues: aduciéndose como tal, en primer lugar, las normas generales de la nulidad, ninguna petición, en concreto, la nulidad de la estipulación o acuerdo de no tener nada que reclamarse en el presente ni en el futuro respecto a la participación del Sr. José Luis en la Entidad de Previsión Voluntaria ha sido articulada, además de que la acción conducente a ello habría caducado, caducidad apreciable incluso de oficio conforme a reiterada jurisprudencia, al resultar de aplicación, conforme a lo alegado al respecto, lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil, es decir, que la acción de nulidad sólo dura cuatro años, plazo considerado de caducidad en recientes Sentencias del Tribunal Supremo como las de 20 de septiembre de 2007 y 5 de octubre de 2007, y en concreto, desde la consumación del contrato, tal y como en dicho precepto se establece para los supuestos de error o dolo, consumación que debe situarse el día 26 de mayo de 1998, en el que las partes con la firma del acuerdo de dicha fecha, dieron por cumplido lo dispuesto en el convenio regulador aprobado por Sentencia 179/1998 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4, así como el acuerdo firmado por ambas partes el 7 de marzo del mismo año; aduciéndose, en segundo lugar, las normas de la rescisión, por la parte ahora apelante ni siquiera se concreta en el escrito rector de la presente litis la causa de rescisión concurrente, no se formula tampoco una petición consecuente a tales normas, y pudiendo deducirse a lo sumo, y dado el ámbito en el que nos encontramos, que la causa de rescisión defendida sería la prevista en el artículo 1074 del Código Civil, la acción para pretender la misma, que además no se presenta compatible con una estipulación por la que las partes acuerdan no tener nada que reclamarse no invalidada, también habría caducado conforme a lo dispuesto en el artículo 1076 de la misma Ley civil sustantiva, al tratarse el plazo de cuatro años en el mismo previsto, asimismo, de caducidad como sostiene el Tribunal Supremo en sentencias como la de 8 de julio de 1992, y como ya se ha indicado ser, por tal naturaleza, apreciable incluso de oficio, y deberse computar el mismo, según dicho precepto, desde que se hizo la partición, en el presente caso, la liquidación; no pudiendo tampoco acogerse la pretensión actora en base a la tesis del enriquecimiento injusto o sin causa, pues es claro que, en el presente caso, no es apreciable la inexistencia de causa, ante la liquidación contenida en el convenio regulador aprobado por la sentencia dictada en el procedimiento de separación, por todo lo cual, esta Sala llega a la conclusión de que procede la desestimación del recurso de apelación.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Si inadmite la solicitud de adopción al no existir propuesta previa de la entidad pública, no pudiendo prescindirse de ésta por el hecho de que la menor hubiese sido adoptada previamente en Guatemala.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 9 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

El Órgano *a quo*, a través del Auto de 23 de marzo 2007, inadmite a trámite la solicitud de adopción respecto de la menor Julián en cuanto, según se razona en dicha resolución, no existe en el caso la propuesta previa de la entidad pública, ni concurre ninguno los supuestos que, conforme a la ley, excluyen la misma.

Y contra dicho criterio resolutorio se alzan los promotores del expediente, solicitando de la Sala la revocación del mismo y, en su lugar, se acuerde la admisión a trámite de la demanda presentada, con remisión de las actuaciones al Juzgado, a fin de que continúe la tramitación del procedimiento.

En apoyo de dicho *petitum* revocatorio, la dirección Letrada de los apelantes alega, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que al haber sido adoptada la menor en Guatemala, tal situación jurídica debe ser asimilada a un prohijamiento o acogimiento, lo que excluye la referida propuesta previa de la entidad pública.

De conformidad con el principio de prioritaria protección del sujeto infantil que, con carácter general, proclaman los artículos 39 de la Constitución y 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, el artículo 176 del Código Civil, tras su reforma por esta última Ley, dispone que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Añade dicho precepto, en su apartado núm. 2, que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para ejercicio de la patria potestad.

Este requisito, antes de su introducción en el Código Civil, ya venía exigido, a nivel internacional, por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (artículo 21), y por el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995.

Con ello se trata de dotar a la adopción de las máximas garantías posibles, a fin de proteger el interés prioritario del menor, en cuanto un organismo público, y por ende imparcial, ha de valorar las aptitudes de los solicitantes de la adopción, para integrar al menor en un entorno lo más adecuado posible para su correcto cuidado, desarrollo y formación.

Cierto es que excepcionalmente puede prescindirse de dicho control, según previene el citado artículo 176, al excluir la necesidad de la propuesta de la entidad pública cuando, entre otros supuestos y en lo que al caso concierne, el adoptando lleve más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento pre adoptivo o haya estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo.

Y es dicha previsión la que invocan los recurrentes en apoyo de su pretensión revocatoria, en cuanto, según alega su dirección letrada, la adopción simple que, respecto de la menor y en favor de aquéllos, se constituyó en Guatemala puede asimilarse a un prohijamiento o acogimiento.

Adviértase, sin embargo, que las situaciones a que se refiere el apartado 2.3.º del precepto examinado implican o bien la intervención previa de la administración pública, que ya ha valorado la idoneidad de los acogedores en orden a una futura adopción, o bien la constitución de la tutela, con la consiguiente intervención del los tribunales de justicia, que han de valorar, en el correspondiente procedimiento, tanto el beneficio del tutelado como la idoneidad del tutor (artículos 216 y 235 CC).

Y ninguna de tales situaciones jurídicas concurre en el supuesto examinado, en el que se ha prescindido totalmente de los requisitos exigidos por la normativa vigente, pues supuesta la nacionalidad española de ambos solicitantes y su residencia en nuestro país, ni ha sido constituido un acogimiento pre adoptivo, que exige igualmente el consentimiento de la entidad pública o, en su caso, la propuesta dirigida a la autoridad judicial, ni se ofrece un *status* jurídico de tutela constituido conforme a la legalidad española.

Adviértase, de otro lado, que la resoluciones de la Dirección General de los Registros y del

Notariado que invoca la parte apelante no asimilan la adopción simple constituida en el extranjero a una situación de acogimiento legal, a la que se refiere el artículo 176.2, limitándose a razonar que corresponde al Juez valorar si en tales supuestos puede prescindirse de la propuesta previa de la entidad pública.

Por ello, la adopción simple que, en el caso, ha sido constituida en Guatemala no supone la exclusión del expediente previo administrativo y su ulterior propuesta al Juez, máxime cuando, no siendo dicho país signatario del referido Convenio de La Haya, la adopción de menores procedentes del mismo se cerró, en la Comunidad de Madrid, en fecha 10 de julio de 2000, debido a las advertencias e informes que el Servicio Social Internacional venía realizando respecto a posibles fraudes que, al amparo de la Ley Civil de Adopciones de Guatemala, se estaba produciendo, según se refiere en el escrito presentado por la Comisión de Tutela del Menor de dicha Comunidad obrante al folio 92.

En consecuencia, la documentación presentada por los recurrentes, en relación con la adopción simple constituida en Guatemala, incluidos los informes emitidos por los Servicios Sociales de dicho país, y el estudio de la Adoption Counselor del Estado de Indiana, que inclusive podría hacer sospechar de un intento fallido de adopción en Estados Unidos, no justifican, en modo alguno, una situación jurídica asimilable a la contemplada en el artículo 176.2.3.º CC, que faculte para prescindir de lo prevenido, con carácter general, en dicho precepto sobre la declaración de idoneidad y propuesta a cargo de la entidad pública.

Hasta tal punto se hace preciso el referido control que, con carácter general y en orden al reconocimiento en nuestro país de una adopción constituida en el extranjero por un adoptante español que estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción, se hace preciso que la entidad pública haya declarado la idoneidad de aquél, según previene el artículo 9.5 del Código Civil, aplicable, de modo genérico, a las adopciones constituidas en Estados que no son parte en el Convenio de La Haya, por lo que difícilmente podrá prescindirse de dicha intervención administrativa cuando, como en el caso acaece, ni siquiera se ha constituido en el extranjero una adopción hábil para ser reconocida en España.

Razones todas ellas que nos hacen compartir plenamente, desde la perspectiva de esta alzada, el criterio decisorio plasmado en la resolución impugnada, y ello sin perjuicio de lo que, en el futuro, pudiera acordarse sobre la pretendida adopción, una vez que la misma se promueva conforme al procedimiento y con las garantías que contempla la vigente normativa en la materia.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Junto a la situación de desamparo está la situación de guarda a instancia de los padres o tutores «cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor», que son aquellas situaciones en las que no se aprecia una voluntad de abandono en los padres o tutores, ni aun la mera desidia o desatención, sino una imposibilidad de atención al menor unida a una voluntad constatada en los padres o tutores de cumplir sus deberes legales de protección, pero que por circunstancias graves que concurran no pueden cumplirse adecuadamente. Y, en tales casos, a la entidad pública no se le otorga facultad alguna para asumir la tutela por ministerio de la ley, sino que únicamente se le faculta para poder asumir su guarda durante el tiempo necesario, a solicitud de los padres o tutores.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

Conviene exponer los hechos básicos que resultan de las actuaciones, a los efectos de resolver las cuestiones planteadas en el recurso.

El menor Luis Enrique, hijo de Paula, nació el 20 de junio de 1998, si bien desde los primeros momentos estuvo atendido por sus abuelos Ana

María y Jesús María, dada la desatención que le prestaba su madre. Esta situación de hecho se mantuvo hasta que, en el año 2000 y dado que no constaba su filiación paterna en el Registro civil, los referidos abuelos promovieron procedimiento de menor cuantía frente a su hija, madre del menor, para que le atribuyeran legalmente la guarda y custodia, dictándose Sentencia de 18 de diciembre de 2000 por la que se le suspendió la patria potestad a la madre y se le atribuyó la guarda y custodia provisional a los abuelos, quienes actuarían como guardadores de hecho, debiendo instar el correspondiente expediente para el nombramiento de tutor (folios 96 y ss.) Seguidamente se promovió expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Igualada (Barcelona), designado tutora del menor a su abuela doña Ana María por Auto de 24 de septiembre de 2001 (folio 103), quien aceptó el cargo el 19 de octubre siguiente, desempeñando desde entonces la tutela.

Como las circunstancias económicas de los abuelos no mejoraban, unido a la mala salud de don Jesús María, quien percibía una reducida pensión de invalidez, decidieron venir a Motril (Granada) en unión de su menor hijo José Antonio y del nieto Luis Enrique, para convivir con su mayor hijo Roberto, y así estuvieron algunos meses, hasta que Roberto les expulsó de su casa. Ante ello, el 26 de agosto de 2002, acudieron a los Servicios Sociales de dicha ciudad exponiendo su situación, solicitando de la Administración pública que «se haga cargo de los menores hasta que ellos consigan un domicilio y una estabilidad económica». Con el informe de derivación, la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales, abrió expediente de protección y el 29 de agosto de 2002, sin tener en cuenta la voluntaria solicitud de los abuelos de la asunción de la guarda por la Administración, declaró la situación provisional de desamparo del menor –y también de su tío José Antonio, cuestión que no es objeto de las actuaciones ni del recurso– y lo constituyó en acogimiento residencial en el Centro Nuestra Señora del Pilar de Granada (folios 52 y ss.)

La Entidad pública referida les comunicó esta decisión a los abuelos del menor el 30 de agosto de 2002, insistiendo éstos en que ellos no habían desamparado al menor y que deseaban que volviera con ellos lo antes posible –folios 38 y 39–. La Entidad Pública, por medio del Servicio de protección de Menores, aunque les indicaba la necesidad de que normalizaren su situación –incluso llegó a dárseles un plazo para ello como obra al folio 62– en realidad continuó con el expediente con la intención de constituir un Acogimiento permanente con familia ajena –folio 89–, recabando los informes que tenían los Servicios Sociales de Cataluña y acordando otras diligencias e informes –folios 58 y ss., 66, 76, 77, 79, 108, 134, 159, 168, 173, 178, etc.–, emitiendo propuesta en tal sentido a la Comisión Provincial de Medidas de protección de la Delegación Provincial, dictándose resolución de 21 de enero de 2003 –folio 155–, por la que se ratificaba la declaración provisional de desamparo del menor Luis Enrique y se mantenía el Acogimiento Residencial en el centro Nuestra Señora del Pilar de Granada delegando en la directora del Centro el ejercicio de la guarda del menor.

Con aquella intención, explicitada en la propia resolución antes dicha, se continuó el expediente y practicado informe de evolución –fol. 189–, un técnico al parecer del Servicio de protección de Menores de la Delegación Provincial, emitió propuesta de 21 de abril de 2003 para convertir el Acogimiento Residencial en Acogimiento Pre adoptivo –folios 151 y ss.–, que resolvió la Comisión Provincial por resolución de 29 de abril de 2003 –folio 210–, ratificando la situación legal de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley y constituyendo de forma provisional el Acogimiento familiar provisional, en su modalidad de pre adoptivo, y sin que conste se notificara a la tutora, se presentó la oportuna petición ante el Juzgado de Primera Instancia competente el 30 de mayo de 2003, quien abrió las diligencias 513/2003 y acordó oír a los acogedores y a la tutora, la cual manifestó a presencia judicial su disconformidad con el acogimiento –folio 378– manifestando que ya había presentado la demanda de oposición a la resolución administrativa de 29 de abril de 2003, formándose los autos 473/03, en los que se oponía al acogimiento provisional pre adoptivo y pedía medidas cautelares.

El Juzgado acordó, de conformidad a la Disposición Adicional Vigésima de la Ley Orgánica 1/1996 de protección del Menor, la acumulación de ambos procedimientos para resolverlos conjuntamente y tras seguirse las actuaciones pertinentes –en el curso de las cuales se desestimó la petición inicial de medidas cautelares, por Auto de 25 de junio de 2003– dictó Sentencia el 20 de mayo de 2004 –folio 462–, por la que desestimó la oposición de la actora a la declaración de desamparo y mantuvo el acogimiento familiar pre adoptivo, suspendiendo, además, las visitas de la familia biológica del menor. Interpuesto recurso de apelación fue resuelto por Sentencia de 13 de abril de 2005 –folio 512–, revocándose la resolución recurrida y reponiendo las actuaciones al momento en que se dictó la resolución de 21 de enero de 2003 para que se notificara a la actora y continuare el procedimiento por su cauce legal, declarando la nulidad de lo actuado con posterioridad sólo en cuanto se oponga al cumplimiento de lo acordado.

En ejecución de dicha sentencia se notificaron las resoluciones administrativas a la tutora, pero, en el ínterin, ésta había presentado nueva oposición a las resoluciones de 21 de enero y 29 de abril de 2003 con medidas cautelares que dieron lugar a los autos 1079/05, los cuales se acordaron unir a los autos originales 473/03, presentándose la oportuna demanda en la que se interesaba la revocación de la resolución de 29 de abril de 2003 y se reintegrare al menor a su tutora legal, siguiéndose el procedimiento por sus trámites y dictándose la sentencia de 19 de enero de 2007 que es objeto del presente recurso.

Decía esta Sala en Sentencia de 22 de junio de 2007 que, de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, se desprende que el «desamparo» de los menores es una situación de hecho que afecta al menor y que puede estar causada por actos propios e imputables a los que tienen el deber de cuidar de los mismos, como por circunstancias de las que no son responsables. A los primeros se refiere el precepto cuando hace referencia al «incumplimiento... o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores», en tanto que al segundo se adscriben las situaciones de «imposible ... ejercicio de los deberes de protección» antes referidos. Se incluyen en el supuesto legal desde aquellas situaciones de total abstención de sus obligaciones por los padres o tutores o aquellas otras en que las ejercen conscientemente de forma inadecuada, hasta las ajenas a los mismos, bien porque procedan de la actuación de terceros, incluso del propio menor, bien porque tengan su origen en imposibilidad física por enfermedad u otras causas. En todo caso es requisito imprescindible que los menores «queden privados de la necesaria asistencia moral o material», lo que en la práctica se traduce en la constatación de una situación de desatención y abandono por parte de los padres o tutores. Cuando se da esta situación, la entidad pública correspondiente tiene el deber legal de asumir la tutela por ministerio de la Ley y adoptar las medidas necesarias de protección para su guarda, de modo que es ineludible e imperativa su intervención.

Junto a la situación de desamparo está la situación de guarda a instancia de los padres o tutores «cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor», que son aquellas situaciones en las que no se aprecia una voluntad de abandono en los padres o tutores, ni aun la mera desidia o desatención, sino una imposibilidad de atención al menor unida a una voluntad constatada en los padres o tutores de cumplir sus deberes legales de protección, pero que por circunstancias graves que concurran no pueden cumplirse adecuadamente. Y, en tales casos, a la entidad pública no se le otorga facultad alguna para asumir la tutela por ministerio de la ley, sino que únicamente se le faculta para poder asumir su guarda durante el tiempo necesario, a solicitud de los padres o tutores.

Esta distinción entre ambas situaciones está además reconocida en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, a cuyo abrigo se modificaron, entre otros, los actuales artículos 172 y siguientes del Código Civil, Ley Orgánica que en sus artículos 17 a 19, regula las situaciones de riesgo, la situación de desamparo y la situación de guarda de menores, y corrobora la Legislación autonómica en los artículos 23 y 24 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y Atención al Menor.

La línea divisoria entre las dos situaciones, con los efectos legales que cada una de ellas comporta, exige una indagación de la actitud o voluntad de los padres o tutores respecto del menor, de modo que el desamparo supone la conciencia en los padres o tutores de la desatención al menor, bien por acción u omisión, en tanto que en la guarda no se constata esa voluntad de desatender al menor, antes al contrario, existe una voluntad explícita de los padres o tutores de atenderlo junto a una imposibilidad real de llevarlo a cabo y un requerimiento a la Autoridad administrativa correspondiente para que supla tales deficiencias en tanto se regulariza la situación familiar. En todo caso, aun existiendo solicitud de guarda, la Administración puede acordar el desamparo, pero ello exige, como dispone el artículo 24 de la Ley 1/1998 y artículo 39 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, que exista una resolución administrativa desestimatoria de la petición de guarda y una apreciación de la situación de desamparo.

La primera consecuencia jurídica que se extrae de ambas situaciones es que en el desamparo la entidad administrativa asume la tutela por ministerio de la Ley con suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria, en tanto que en la guarda los padres o tutores conservan la patria potestad y siguen manteniendo sus responsabilidades respecto del hijo [artículos 172.2.c).c) y 37.3 de la Ley autonómica], así como su derecho a ser informados sobre la forma en que va a ser ejercida dicha guarda por la Administración y sobre cualquier cambio o variación en la forma de ejercicio de la misma. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, en las situaciones de guarda, el acogimiento familiar (que es una de las dos modalidades de acogimiento en que la Administración puede ejercer sus facultades de guarda –artículo 172.3.c).c)] no puede hacerse sin el consentimiento de los padres o tutores, debiendo acudir la entidad pública al Juez para soslayar esta oposición, de conformidad a lo que dispone el artículo 173.3 del código sustantivo, aun cuando la ley permite, ante la oposición o la

no prestación del consentimiento, un acogimiento familiar provisional (artículo 173.2 párrafo primero del Código Civil) que vendrá condicionado por la decisión judicial, pues así lo señala el artículo 173.3 en su párrafo segundo, al disponer que «No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial».

En el caso contemplado, la entidad pública, ya desde el inicio del expediente, vulneró la normativa aplicable, pues de ningún modo constaba una situación de desamparo, sino una situación de guarda del artículo 172.2, de modo que la inicial resolución de 29 de agosto de 2002, estaba viciada *ab initio,* y con ella todas las posteriores que siempre han partido de una situación de desamparo inexistente.

Probablemente, con la mejor intención, la entidad pública interpretó los preceptos que citaba, para fundamentar su inicial resolución de declaración de desamparo provisional así como la de 21 de enero de 2003 que la ratificó, pero dicha interpretación no es acorde a la normativa que regula la situación de hecho existente ni aun puede incluirse en los más genéricos apartados h) e i) del artículo 23 de la Ley autonómica antes citada 1/1998, de 20 de abril, pues incluso estos supuestos deben ser interpretados a la luz de la definición de desamparo que se contiene en el artículo 172.1 del Código sustantivo y que, a juicio de esta Sala, exige una constatada voluntad de abandono y desatención en los padres o tutores, circunstancia que no concurría en el caso de autos en el que la tutora y su marido acudieron voluntariamente a los servicios sociales para exponer la situación familiar y recabar la protección de la entidad pública a quien le está encomendado este servicio público. Y esta voluntad se ha manifestado a lo largo del tiempo, acudiendo a cualquier llamamiento de la Administración, haciendo constar siempre su deseo de que el menor volviera con su familia biológica, incluso acudiendo al Ministerio Fiscal –folio 197– cuando constataron la desaparición del menor del centro donde se encontraba en acogimiento residencial, desaparición motivada porque la Administración pretendía transformar el acogimiento residencial en familiar y, además, incomprensiblemente, con carácter de pre adoptivo.

La Administración recabó de forma impropia el consentimiento de la tutora para el acogimiento familiar (folio 87) aunque a su esposo le aclaró que era «permanente» (folio 89), pero como es consciente de la ineficacia de tal consentimiento y de que la tutora se oponía al acogimiento, al declararlo por resolución de 29 de abril de 2003, lo acordó por la vía extraordinaria del «acogimiento familiar provisional» del párrafo segundo del artículo 173.3 del Código Civil, y, al propio tiempo, acordó dirigir propuesta al Juzgado para que lo acordase, abriéndose las oportunas diligencias, acumuladas a las originales y objeto del presente recurso, propuesta que hubiera sido inútil si, efectivamente, hubiera habido consentimiento de la tutora para el acogimiento familiar.

Con lo expuesto, no se trata de poner de relieve la marginal e incorrecta actuación de la Administración en la tramitación del expediente originado por la petición que cinco años atrás hizo la tutora del menor, cuanto la de ajustar la protección del menor a la realidad de lo acontecido, de modo que debe quedar clara constancia en esta resolución judicial, no sólo en interés de la tutora y abuela del menor sino en el interés de éste, que de ningún modo fue desamparado ni abandonado por su familia biológica –y concretamente por su abuela materna quien tenía judicialmente conferida la tutela–, siendo las circunstancias socio familiares las que impidieron prestar al menor los cuidados y atenciones legalmente establecidos y de ahí la voluntaria decisión de acudir a la Administración –conforme permite la ley– para que le ampararan en tal situación.

Mas, dicho esto, tampoco cabe duda para esta Sala que la Administración se ha guiado por el interés del menor, sin que se observe desidia o desatención respecto de éste, sino que ha procurado atenderlo y, dentro de las posibilidades legales, proporcionarle una solución a su formación y desarrollo de mejor calidad material que la que podía proporcionarle su familia biológica, sin que tampoco la calidad humana desmerezca a la vista de los informes que constan en las actuaciones y que la resolución judicial expone con detalle, por lo que habida cuenta que aun en el supuesto de guarda a instancia de los padres o tutores, la efectividad de la misma se lleva a cabo mediante el acogimiento familiar, según dispone el artículo 172.3 del Código Civil, en alguna de las modalidades a que se refiere el artículo 173 bis, y que se ha seguido el oportuno procedimiento para obtener la autorización judicial para dicho acogimiento conforme al artículo 173.3 del Código sustantivo, apreciando el interés del menor para su estimación, como esta Sala asimismo comparte, dado que queda constancia de que la familia del menor tiene serias dificultades materiales, educativas y sociales para atender debidamente al menor, procede en tal sentido confirmar la sentencia en cuanto ratifica la resolución administrativa sobre acogimiento familiar pre adoptivo, acordado en resolución de 29 de abril de 2003, cuanto más que ya han transcurrido más de cuatro años desde que se adoptó tal medida y todos los informes apuntan a la adecuada integración del menor en la familia

acogedora, si bien se dejan sin efecto todas las referencias al desamparo que se contienen en la mencionada resolución así como en las precedentes de 29 de agosto de 2002 y 21 de enero de 2003, que serán sustituidas por la declaración de guarda a petición de la tutora, quedando restablecido de tal modo el interés de la tutora y el del propio menor.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se considera a los padres incursos en causa de privación de la patria potestad cuando dejaron a la hija recién nacida a cargo de las instituciones y tardaron nueve meses en interesarse por ella. El momento al que hay que referirse si los padres biológicos están o no incursos en causa legal de privación de la patria potestad es aquel en el que se decreta el desamparo, perdiendo a partir de entonces interés el cambio circunstancial que éstos puedan invocar.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós

Frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda de los padres biológicos de la menor, opuestos a su adopción, y resuelve que no pueden condicionar con su asentimiento la adopción de su hija, recurren los actores que niegan estar incursos en causa legal de privación de la patria potestad y, con reproducción de sus pedimentos, solicitan se declare nula de pleno derecho la declaración de desamparo, así como todo lo actuado a partir de entonces en el expediente administrativo, incluso la entrega en acogida pre adoptiva de la menor, y en definitiva, que se les entregue su hija, con su patria potestad, guarda y custodia, y se les inscriba en el Registro Civil como padres de la misma.

Dicen los recurrentes a) que el Juez incurre en error en la apreciación de la prueba cuando a partir de la declaración de la Trabajadora Social concluye que su voluntad fue «deshacerse de su hija para que fuera adoptada», pues con su actuar desde el día de su nacimiento han acreditado que si la dejaron en el Hospital Materno-Infantil fue en una situación de carencia, debido a su precaria situación económica y por la falta de alternativas brindadas por la Trabajadora Social, dado que su intención era dejar a la niña al cuidado de las instituciones sociales hasta que tuvieran medios para atenderla dignamente; b) que elemento decisivo para considerarlos incursos en causa legal de privación de la patria potestad parece haber sido el hecho de haber tardado 9 meses en interesarse por su hija, lo que sólo responde a una suposición, pues el que sólo el 22 de septiembre de 2006 quedase constancia de la petición de información hecha ese día, nada dice de las visitas realizadas a diversas dependencias oficiales en las que ninguna información se les dio; y c) Que se dice que están incursos en causa legal de privación de la patria potestad por la declaración de desamparo dictada el 16 de enero de 2006 cuando ésta sólo pudo producir la suspensión de la patria potestad, no la privación, que solo puede declararse en un procedimiento judicial contradictorio.

Puede suavizarse la dureza de la conclusión que en cuanto a lo que fue efectiva voluntad de los padres –«deshacerse de su hija»– extrae el Juez a partir de las manifestaciones de la Trabajadora Social en el juicio, pero lo cierto es que ésta, en términos de plena verosimilitud y credibilidad, dijo que el Sr. Diego fue a verla y le dijo que había sido padre de una niña y que la querían dar en adopción; que subió a la habitación a ver a la madre, comprobando las dudas que ambos tenían sobre el particular, por lo que dejaron la decisión para el día siguiente, en el que manifestaron que dejaban a su hija en adopción; que ninguno de ellos expuso problema económico ni de ningún tipo, ni hablaron en ningún momento de guarda temporal; que aun no pudiendo recordar lo que se les dijo en el caso, invariablemente se pone en conocimiento de los padres la existencia de otras posibilidades distintas a la adopción, pero que en este caso no hubo ninguna referencia a problema puntual que hiciese de la guarda una medida más adecuada; que el Hospital ni fuerza ni obliga ni quita la idea, sino que, expuesta por los padres la decisión de dar a sus hijos en adopción, se limita a comunicar el hecho a Menores; y que la primera pregunta de los padres por su hija se produjo el día 6 de septiembre de 2006, repitiéndose luego su visita los días 22 de septiembre y 5 de octubre.

Lo que aparece acreditado es, pues, que los padres, libre, consciente y voluntariamente, renunciaron a su hija a los tres días de su nacimiento, en las propias dependencias del Hospital, como así resulta del documento 2 de la contestación (folio 114), en el que con fecha 12 de enero de 2006 manifiestan «su decisión de entregar a su hija/a en adopción, delegando a la Subdirección Médica del Hospital Materno-Infantil lleve a cabo los trámites oportunos». Y que en ningún momento se habló de guarda. Conclusión que indirectamente viene confirmada por el hecho objetivo de que la primera muestra de interés de los padres por su hija se produjo 9 meses más tarde, el 6 de septiembre de 2006, cuando la madre pregunta a la Trabajadora Social por la situación de la menor. Ninguna otra anterior, ni mucho menos su repetición, consta acreditada.

Los recurrentes, en suma, incumplieron los deberes más elementales para con su hija, e incurriendo así en causa legal de privación de la patria potestad (artículos 170 y 172 CC), no pueden condicionar con su consentimiento la adopción de su hija (artículos 177.2 CC), bien entendido que si esa situación sólo puede ser apreciada en procedimiento judicial contradictorio –el verbal al que se refieren los artículos 748.7 y 781 LEC–, éste es el que en el caso se ha seguido tras remitirse a los padres al mismo según lo que se dice en el encabezamiento de la demanda presentada.

Señalar, por lo demás, que el momento al que hay que referir si los padres biológicos están o no incursos en causa legal de privación de la patria potestad es aquel en el que se decreta el desamparo, perdiendo a partir de entonces interés el cambio circunstancial que los mismos puedan invocar, que en principio no puede prevalecer sobre el hecho objetivo de la dejación anterior de funciones que condujo a la asunción de la tutela de la menor por la Administración y al acogimiento posterior que, en el caso, a tenor del seguimiento informado, cumple satisfactoriamente las necesidades de la menor, que se halla perfectamente integrada en su nueva situación familiar, desaconsejando su superior interés la ruptura con la familia de acogida para su reintegración con la biológica. Lo que es razonable y, a tenor de los antecedentes del caso, no cabe desoír en inmerecida consideración a la llamada que los recurrentes hacen a esa última paternidad.

FILIACIÓN

La prueba testifical ofrece información lo suficientemente razonable como para presumir que don Agustín pudo tener una relación íntima con doña Andrea a finales de agosto primeros de septiembre de 1989 fruto de la cual nació un niño. Con estos antecedentes se solicita la práctica de la prueba biológica que se acuerda por el Tribunal tanto en la primera instancia como en la presente alzada y don Agustín se niega a su práctica en ambas ocasiones.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Miriam de la Fuente García

En el presente caso nos encontramos con una acción de reclamación de filiación paterna dirigida contra don Agustín.

Ha de recordarse que el artículo 135 del CC hoy derogado y trasunto del artículo 767 de la LEC y, como se lee en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 1996, que en orden a su interpretación. es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala la de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 4.1 del CC, en orden a permitir que se tomen en consideración «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo» (SS. de 8 de julio de 1986; 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987; 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988; 5 de abril y 20 de julio de 1990; 5 de octubre de 1992; 29 de marzo y 20 de octubre de 1993; todas ellas citadas en la de 16 de julio de 1994)».

En este orden de cosas, el artículo 767 de la LEC recoge una serie de especialidades en este tipo de procedimientos y así, dice que:

«2. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

3. Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

4. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.»

Apartado este último –4– trasunto de la conocidísima doctrina jurisprudencial sobre la negativa a someterse a la prueba biológica que ya la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 1988 nos dice que «La negativa del demandado, a someterse a las pruebas biológicas acordadas por el órgano judicial de primera instancia, a fines de determinación de la paternidad objeto de controversia, no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue sin causa justificada a someterse a pruebas hematológicas incurra en *ficta confessio,* sino que tal resistencia no pasa de constituir un indicio que lógicamente ha de ser apreciado por la Sala sentenciadora de instancia. Sin embargo esa negativa, –unida a otras pruebas– (...) revela, como ponen de manifiesto las Sentencias de esta Sala de 14 de noviembre de 1987 y 11 y 18 de marzo de 1988, un indicio valioso conducente, según la de 17 de julio de 1987, al reconocimiento de una presunción *seu iudicis,* que lleva a la apreciación de certeza de la paternidad pretendida».

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 508/2001, de 24 de mayo, nos dice que «La negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es base para suponer *ficta confessio,* aunque representa o puede representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta».

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 1996 dice que «Es doctrina jurisprudencial reiterada, pacífica y consolidada, respecto al modo como debe interpretarse y valorarse la negativa injustificada de los litigantes a someterse a la prueba directa del análisis de los grupos sanguíneos, la recogida por ambas sentencias de instancia, pues, partiendo del hecho científicamente comprobado, de que tal prueba biológica determina con absoluta seguridad una delimitación negativa de la paternidad, con una probabilidad hasta el 99,98% de estimación positiva, la posición obstruccionista injustificada de cualquiera de los litigantes, si no es equiparable a una *ficta confessio,* dado que la Ley así no lo declara, constituye un indicio cualificado que, en unión de otros medios probatorios, debe conducir a declarar la existencia de la paternidad cuestionada, máxime si se tienen en cuenta los intereses constitucionales en juego».

Pues bien, sentado cuanto antecede, no se discute en la alzada el meticuloso análisis de la prueba realizado por el Juez *a quo,* sino su conclusión a efectos de determinar la progenitura reclamada.

La Sala discrepa de las conclusiones del recurrente expuestas en esencia en el Fundamento Primero de la presente resolución.

Precisamente porque don Agustín no ha admitido que tuviese relaciones íntimas, ni que existiera ningún tipo de relación sentimental o de noviazgo con doña Andrea y dado que sólo ha reconocido que simplemente se conocían del grupo, es por ello por lo que al no haber prueba directa, ni reconocimiento expreso o tácito, ni posesión de estado, ni prueba fehaciente de la convivencia con la madre en la época de la concepción, habrá que examinar si concurren «otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo», como dice el artículo 767.3 de la LEC y doctrina que lo desarrolla.

De la prueba documental, debemos destacar:

1.º El documento núm. 3, llamado «Resguardo de transferencia». Aunque el apelante dice que no es tal, sino un ingreso en cuenta que ni tan siquiera aparece firmado por don Agustín, cuyo número de cuenta no conoce, no obstante, en la contestación a la demanda alegaba que se impugnaba en cuanto a su contenido porque «no aparece don Agustín como ordenante» (*sic* al folio 129).

Del examen de dicho documento resulta que es una transferencia efectuada el 26 de septiembre de 1990, cinco meses después de que naciera el niño cuya paternidad se reclama. Figura como Ordenante «Agustín. DIRECCIÓNooo, NÚMooo, 28020 Madrid». Y como Beneficiario «Andrea Avda. DIRECCIÓNoo1 NÚMoo1 Pta. 9, 46018 Valencia». Y se realiza desde una sucursal de Madrid próxima al domicilio de don Agustín.

2.º Los cheques bancarios (doc. 4, 4b y 4c). Dice el apelante que no tienen fecha y le fueron sustraídos; que la cuenta contra la que fueron expedidos era mancomunada con un socio, por lo que no denunció la sustracción ya que dichos cheques no podían ser cobrados toda vez que necesitaban de la otra firma. Además, carece de toda lógica que se

expidan cheques en blanco y menos destinados a la actora. No aparece fecha de expedición, ni importe, ni el beneficiario.

Pues bien, en cuanto a los cheques indicados figuran expedidos en blanco pero con la firma de don Agustín la cual no ha impugnado ni negado su autoría. Llama la atención a la Sala la versión que expone el Sr. Agustín y que en el interrogatorio declarara que fueron sustraídos desconociendo cómo han aparecido en poder de doña Andrea. Más creíble para la Sala es la versión que ésta expone en el interrogatorio practicado cuando afirmó que «..., Él se los dio por si los necesitaba. Que no los cobró porque no hizo uso de ellos». Pues si no no se entiende cómo han podido llegar a su poder.

3.º El doc. núm. 11. Referido a un posavasos de la cafetería sita en Bravo Murillo 161, de Madrid, donde aparecen anotaciones escritas a mano de personas y números. Cabe destacar que la parte demandada alegaba en su contestación a la demanda que «..., en ellos faltan fechas y datos de los que se infiera la pretendida posesión de estado y convivencia de don Agustín con doña Andrea en la época de la concepción», por lo que los impugnó (*sic* al folio 86), pero en su momento no negó su autoría. Ahora, en la alzada, en su recurso de apelación añade de modo extemporáneo que «niega que las anotaciones que figuran al margen sean de su puño y letra».

El doc. núm. 12. Es una hoja manuscrita. La actora en su demanda afirmó estar escrita por don Agustín, de ginecólogos y números de teléfono que le apuntó a Andrea (*sic* al folio 8). El recurrente, en su contestación a la demanda, afirmó que «..., en ellos faltan fechas y datos de los que se infiera la pretendida posesión de estado y convivencia de don Agustín con doña Andrea en la época de la concepción», por lo que los impugnó (*sic* al folio 86), pero en su momento no negó su autoría. Ahora, en la alzada, se remite a lo anteriormente expuesto, esto es, que niega que las anotaciones que figuran al margen sean de su puño y letra, lo cual es en este momento de todo punto extemporáneo.

4.º Por lo que se refiere a la prueba testifical, aun cuando el recurrente advierte que se debe valorar con cautela, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 2000 nos recuerda que «..., En temas familiares y de estado civil no debe interpretarse con tal rigidez el tema de la amistad íntima o el parentesco, pues sólo familiares o amigos íntimos conocen determinadas intimidades y pueden deponer con conocimiento sobre ellas».

Así la cosas, declaró como testigo doña Maribel, hermana de doña Andrea, que declara como cierto que antes del embarazo don Agustín estuvo la segunda mitad del mes de agosto, una semana en Valencia en la casa que entonces ambas hermanas compartían. Añade que la relación entre Agustín y Andrea era «algo más que una amistad»; que su hermana se enteró del embarazo a finales de Septiembre de 1989; y que durante cierto tiempo, estuvo viajando los fines de semana a Madrid.

Asimismo declaró como testigo doña Celestina, una amiga de doña Andrea. Declara igualmente, que don Agustín se hospedó una semana en casa de su amiga Andrea en Valencia. Igualmente declara que doña Andrea iba a Madrid los fines de semana y estaba con él; que fue en la casa de dicha testigo donde se hizo la prueba que dio positivo en el embarazo, y que ella le llamó desde su casa para decirle que estaba embarazada. Presenciaba muchas de las conversaciones que ella tenía con él.

Los testimonios relacionados, apreciados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 376 de la LEC, así como la prueba documental antes aludida, y los interrogatorios, constituyen pruebas valiosas en el sentido propio y específico establecido por la Jurisprudencia para suponer razonablemente que don Agustín pudo tener una relación íntima con doña Andrea a finales de agosto primeros de septiembre de 1989 fruto de la cual nació un niño, Agustín, el 28 de abril de 1990, es decir 36 semanas después, período que se encuadra dentro de los parámetros normales de gestación de un ser humano.

La convivencia «no se refiere a la que específicamente se describe en el artículo 135 del Código Civil, pues con la existencia de aquella sola se tendría una prueba indirecta de la filiación suficiente para declarar la misma, se trata más bien de una situación presuntiva de hecho que complementa a la indiciaria». (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de julio de 1996).

Y en esta tesitura en la que hay indicios razonables más que probables de que esto ocurriera, se solita la práctica de la prueba biológica que se acuerda por el Tribunal tanto en la primera instancia como en la presente alzada y don Agustín se niega a su práctica en ambas ocasiones.

Por ello la conjunción de pluralidad de los datos indicados a los que se suma, como poderoso indicio, la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica acordada, que la Sala en el caso de autos considera injustificada, y que como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 2000 «..., además de su virtualidad y eficacia, hace pensar que el ajeno a tal paternidad estaría deseoso de utilizar un medio de prueba que excluya de manera definitiva de la pretensión contraria», todo lleva a que aunque no haya prueba directa, ni se haya obtenido por otros medios, existen indicios suficientes como para declarar la pater-

nidad reclamada por lo que se ha de concluir en el sentido declarar la filiación paterna de don Agustín respecto de Eduardo, como con acierto ha resuelto el Juez *a quo* cuyos razonamientos y valoraciones se comparten que en aras a la brevedad damos por reproducidos.

Por último respecto a las presunciones la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 1996 dice que «Técnicamente la prueba de presunciones no puede identificarse con los *facta concludentia*, ni con las máximas de experiencia deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia, ya que la auténtica prueba de presunciones permite que del hecho o hechos base puedan obtenerse varios hechos consecuencia, correspondiendo al juzgador en cada caso determinar cuál es el más adecuado al supuesto histórico que se examina. Ya la sentencia de 23 de febrero de 1987, haciendo alusión a la de 11 de junio de 1984, ambas citadas en muchas otras posteriores, señalaba que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho-base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* antes aludidos, que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1253 del CC es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles; pero si la deducción es razonable no cabe impugnarla, así como si los hechos base están demostrados (S. de 24 de noviembre de 1983)».

FILIACIÓN

Ineficacia del reconocimiento de paternidad que hizo el actual compañero sentimental de la madre cuando ésta fue emplazada para contestar a la demanda que interpuso el padre biológico reclamando la paternidad.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Puebla Povedano

La sentencia recurrida estima la demanda inicial de don Juan en la que se ejercitaba una acción de reclamación de filiación no matrimonial respecto de la menor que figura inscrita como Susana, es decir con el nombre y apellidos de su madre, también demandada con la que el actor tuvo relaciones determinantes de la filiación. Dicha demanda tiene fecha de 16 de febrero de 2006. Posteriormente, con pocos días de diferencia –el 13 de marzo de 2006– se produce el reconocimiento de dicha niña por parte de don Fernando, que a la sazón (y parece ser que también en la actualidad) se encontraba unido sentimentalmente y convivía con la madre de la niña, doña Susana, debido a lo cual el actor principal, don Juan, formuló nueva demanda, esta vez de impugnación de la paternidad que reflejaba el reconocimiento, cuya demanda se acumuló a la originaria.

La sentencia recaída estima la demanda inicial y su consecuencia admite la reclamación de filiación que en ella se ejercita declarando contundentemente, de un lado que «la menor Susana no es hija biológica de don Fernando «y de otro, consecuentemente, declara que es hija no matrimonial del actor don Juan, acordando igualmente las medidas oportunas respecto a los apellidos, patria potestad, régimen de visitas, etc.

La base de dicha sentencia radica en que la prueba practicada ha logrado su convencimiento judicial de la procedencia de tal reclamación. De un lado, e indirectamente, la propia señora demandada reconoce la realidad de las relaciones sexuales habidas entre ella y el actor, y que éstas han sido las determinantes del embarazo, pese a que también admita la existencia de ese tipo de relaciones con don Fernando. Los testigos declaran la realidad de esa convivencia y el hecho, (reconocido por Susana) de que el actor estuviese presente en el parto.

No obstante, y con ser todo ello importante, lo que se considera más decisivo a los efectos de valoración es la negativa de la Sra. Susana a someterse a la prueba biológica, cuyos resultados son, como es sabido, prácticamente decisivos. Negativa que ciertamente no es una *ficta confessio* con las consecuencias procesales correspondientes, pero sí

un importante factor a tener en cuenta en función de las circunstancias concurrentes en este caso en que dicha Sra. Viene a excepcionar tímidamente el *plurium contuberniumm,* al haber tenido relaciones con los dos, tanto con Juan como con Fernando. Es obvio que para despejar cualquier duda y, sobre todo, para confirmar su tesis debió acceder a las pruebas biológicas.

El reconocimiento llevado a cabo por el actual conviviente, no se sostiene precisamente por lo que antecede, pues, como acertadamente dice el juez de instancia se trata de un reconocimiento de «complacencia», como lo acredita, además, el hecho de realizarse muy poco tiempo después de conocerse la demanda inicial de este procedimiento.

El hecho de que el actor se desentienda de su hija, y no le preste las debidas atenciones puede tener otras connotaciones pero no inciden en lo que es el objeto de este procedimiento.

Por ello debe confirmarse la sentencia recurrida en todos sus aspectos, pues se consideran adecuadas las medidas consecuentes a la filiación sin que proceda la alteración del orden de los apellidos de la niña al no apreciarse razón que la justifique, y tratarse, además de una cuestión nueva planteada en esta alzada.

UNIONES DE HECHO

La sentencia de instancia, reconociendo que existió una convivencia *more uxorio,* aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto, atribuyendo a la demandante la mitad de las fincas litigiosas, que constaban adquiridas durante la convivencia pero que habían sido inscritas a nombre del compañero sentimental, debiendo tenerse en cuenta que la convivencia duró más de cincuenta años aunque no existió descendencia.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

En la demanda origen de esta litis la parte actora doña María Inmaculada, sobre la base fáctica de la convivencia *more uxorio* con don Francisco, interesa se declare que es propietaria de la mitad de determinados bienes inmuebles, concretamente una casa y una finca rústica (fincas registrales NÚM008 y NÚM009 del Registro de la propiedad de Montoro), y, además, que se inscriba dicha titularidad en el referido registro, con las lógicas consecuencias respecto de los bienes dejados en herencia por el referido don Francisco a sus herederos testamentarios, los demandados don Diego y doña María Dolores.

Los demandados se opusieron a la demanda pues, aunque admitían la convivencia, niegan que la misma se iniciara en 1946, que durase hasta la muerte de ambos y que se considerasen como un matrimonio, que no trabajaron en el negocio común, que los bienes que adquirieron lo fueron a título privativo de cada uno y que no existió pacto de hacerlos comunes, planteando a la vez reconvención en reclamación de la mitad del saldo de una cuenta bancaria y de un vehículo existentes a la muerte del referido don Francisco, pretensión a la que se opusieron los reconvenidos al contestarla.

La sentencia estimó íntegramente la demanda con costas, en tanto que estimó parcialmente la reconvención sin costas, alzándose frente a dicha decisión la parte demandada quien combate exclusivamente la estimación de la demanda sobre la base del error en la apreciación de la prueba y, en todo caso, en que no concurren los requisitos del enriquecimiento injusto, faltando asimismo el pacto expreso o tácito del que pueda derivarse la atribución de los bienes que hace la sentencia de instancia.

Frente a la conclusión de la sentencia de instancia sobre el hecho de considerar acreditada la convivencia *more uxorio* de la actora con don Francisco, causante de los hoy demandados, no tienen cabida las alegaciones del recurrente, pues la prueba ratifica y acredita sin duda alguna las apreciaciones del Juzgador. La convivencia de don Francisco y doña María Inmaculada es un hecho manifestado por todos los testigos y así se puede advertir en el soporte informático del acto del juicio, no siendo relevante la fecha de su inicio que en todo caso es anterior a 1964, como dice la sentencia de instancia, señalando el hermano de don Francisco cincuenta años (min. 1.20), lo que se corrobora si se tiene en cuenta que antes de dicha fecha –documentada al

folio 7– habían convivido en Montoro, donde tenían una tienda que fracasó y se tuvieron que ir a Madrid en *un carromoto* (min. 2.20 y 3). Esta convivencia fue como un matrimonio (Sop. Inf. I. min. 1.30, 13. 25.20, 48, 49.50 y II min. 2.30) y duró hasta su muerte (min. 1.25, 8.10, 48), pues aunque doña María Inmaculada por su enfermedad se vino a Guadix con su hermano don Tomás, don Francisco venía a visitarla (min. 19) y, posteriormente, cuando don Francisco cayó enfermo y lo operaron en Córdoba, allí acudió la familia (la testigo Sra. Nieves es prima hermana de don Francisco y esposa de don Tomás, hermano de doña María Inmaculada), viniendo don Francisco a casa de don Tomas cuando le dieron el alta (Sop. Inf. Min. 20) y estando allí hasta que falleció el 10 de agosto de 2002. Que consta que durante dicha convivencia ella estaba al cuidado de la casa (min. 4) y trabajaba en el negocio de verduras (min. 17.50), aunque al parecer estaba afiliada a la Seguridad Social como empleada de hogar (folio 107), si bien los bienes que adquirían los ponían a nombre de uno o de otro, como se evidencia de la escritura pública de 7 de agosto de 1975 (compra por doña María Inmaculada de un piso en Madrid) y de las notas simples registrales de las fincas litigiosas (inscritas a nombre de don Francisco), lo que no impedía que tuvieran cuentas conjuntas, incluso en cantidades importantes a plazo fijo, siendo significativo que en una de dichas cuentas –la 2497 de Unicaja– que era indistinta a nombre de ambos, se ingresaban los productos de la finca rústica de olivar litigiosa.

Nos encontramos ante una de tantas situaciones de hecho convivenciales entre parejas heterosexuales, a modo de matrimonio –*more uxorio*–, pero en el que no existe el principal de los instrumentos que regulan sus relaciones económicas, el pacto. Como la pareja de hecho es una realidad social que cuenta con el apoyo, si no directo, si implícito de la Constitución a través de sus artículos 9.2 que proscribe la discriminación, el artículo 10.1 que recoge el principio de dignidad de la persona, el artículo 14 que proclama el principio de igualdad y el artículo 39.1 que establece la protección a la familia sin distinción, ya no cabe acudir, como se hizo con anterioridad por nuestros Tribunales, a la ilicitud de la causa para negarla o desconocer sus consecuencias, de modo que puede producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que han de ser resueltos por el derecho conforme al sistema de fuentes establecido, según dispone el artículo 1.7 del Código Civil.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ciertamente que ha negado que a una pareja de hecho, por el mero hecho de iniciarse, le sean de aplicación las normas de la comunidad (ya sea sociedad de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma) y así lo proclama, por todas, la Sentencia de 22 de enero de 2001, cuando afirma, citando las Sentencias de 21 de octubre de 1992 y 27 de mayo y 23 de julio de 1998 que «esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial *more uxorio,* por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquiera otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho».

Y, por esta vía de los hechos concluyentes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (Sentencia de 4 de junio de 1998) ha admitido la posibilidad de que pueda entenderse existente una sociedad de gananciales, al afirmar que la unión *more uxorio* que formaron los litigantes se caracterizó por una vida sentimental estable y duradera, en la que aquéllos se comportaron como si de un verdadero matrimonio se tratara, llegándose a crear vínculos paterno-filiales y, por ende, familiares dignos de protección, y la prueba practicada evidenció que era intención de la pareja hacer comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, siendo evidente que entre las partes ha existido un tipo de asociación o sociedad, regulada, en parte, por ellos mismos en forma expresa, como la ordenación de su patrimonio, y, en parte, verbalmente, como el régimen de contribución al levantamiento de cargas de su unión y que ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido».

En suma, la jurisprudencia admite que esta relación convivencial voluntaria, seria, íntima, estable y duradera y con intención de constituir una familia, tiene unos efectos económicos, que han de determinarse aplicando la norma más adecuada a cada caso para obtener la solución más justa. Así, nuestro Alto Tribunal, ha aplicado las normas de la sociedad irregular de naturaleza mercantil (STS de 18 de mayo de 1992) cuando se «apreció un esfuerzo mutuo en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial que generó un patrimonio comunal»; en otro caso aplicó las normas de la sociedad irregular civil (STS de 18 de febrero de 1993), por la cooperación de la conviviente en la explotación de alguno de los negocios de su pareja y la *affectio societatis* que concurría; o las de la sociedad universal irregular de carácter civil (STS de 18 de marzo de 1995) por

convivir «durante período de tiempo prolongado en el que ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente o individualmente uno de ellos pero para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común había consolidado»; en otros ha estimado existente una comunidad de bienes (STS de 29 de octubre de 1997) cuando constaba que la adquisición del piso en el que la pareja convivió se pagó con cargo a una cuenta bancaria que estaba a nombre de ambos convivientes y en el que ingresaban fondos ambas partes. También el Tribunal Supremo ha acudido a las normas que regulan la responsabilidad extracontractual (STS de 16 de diciembre de 1996), en una relación convivencial de tres años con promesa de matrimonio que no llegó a celebrarse, a la que se unía la pérdida del derecho al arrendamiento sobre la vivienda en la que habitaba la mujer y que resolvió en consideración a la nueva situación, o a las normas que reconocen el enriquecimiento injusto (Sentencias de 11 de diciembre de 1992, 27 de marzo de 2001 o 17 de enero de 2003) ó por vía analógica a las que establecen la pensión compensatoria (SSTS de 27 de marzo y 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002).

En el caso de autos, la sentencia de instancia, reconociendo que existió una convivencia *more uxorio,* aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto, atribuyendo a la demandante la mitad de las fincas litigiosas, que constaban adquiridas durante la convivencia pero que habían sido inscritas a nombre del causante de los demandados, apreciando un enriquecimiento de éste y un correlativo empobrecimiento de la actora, lo que se ofrece evidente si se advierte que tal convivencia lo fue como si de un matrimonio se tratare, que duró más de cincuenta años no existiendo hijos, y que permaneció hasta la muerte del varón, por lo que ha de calificarse como convivencia *more uxorio*, estable y duradera, íntima y voluntaria, no pareciendo desacertada la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto cuando está probado que en esa larga convivencia existió sólo un acervo común, con independencia de que los bienes inmuebles que se adquirieron se pusieran a nombre de uno o de otro, pero existió una participación común en las actividades productivas de la pareja aun cuando la iniciativa fuese del varón y hubiera una efectiva participación de terceros, se tenían cuentas bancarias en común y se ingresaban en tales cuentas los ingresos de las fincas que aparecían a nombre de uno de ellos –como la de olivar–, y estando también acreditado que, al fallecimiento del conviviente varón, la actora no le han quedado otros recursos que la pequeña pensión resultante de su jubilación en tanto el causante de los demandados se reservó todo el patrimonio inmobiliario sin que se haya acreditado que la actora conserve el piso que en los años sesenta adquirió la pareja pero puso a su nombre la actora, habiendo obtenido por vía hereditaria una pequeña porción de dicho patrimonio, insuficiente para equilibrar los patrimonios de ambos tras la extinción de la relación convivencial, por lo que deben ser rechazadas las argumentaciones del recurrente y confirmarse la sentencia dictada.

UNIONES DE HECHO

Incompetencia de los Juzgados de Familia para conocer de la petición de pensión compensatoria tras el cese de convivencia de una pareja de hecho.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Por lo que se refiere a la pensión compensatoria; del estudio de las actuaciones procede desestimar este motivo del recurso compartiéndose absolutamente el criterio del órgano *a quo* expresado en el acta de la vista del folio 168 y siguientes en el sentido de declarar que la pensión compensatoria es tema ajeno a dicho Juzgado de Familia núm. 23 de Madrid. En efecto, se entabló por la parte demandante demanda en base a lo dispuesto en el artículo 748.4 de la LEC que se refiere a procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores; no procede, entonces, ante este Juzgado de Primera Instancia reclamar un litigante para sí cantidad a la otra parte.

OTRAS CUESTIONES

Se declara la responsabilidad de un letrado que no asistió al juicio de divorcio y que no siguió las indicaciones de la cliente sobre no apelar, imponiéndose las costas en esa alzada al basarse el recurso en argumentos «inconsistentes y carentes de rigor». La cuantía de la indemnización se cifra en 21.900,50 euros que deberá abonarse de forma solidaria por éste y su aseguradora.

AP CANTABRIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Marcial Helguera Martínez

En la sentencia se estima la responsabilidad del letrado, pero no se concede la cuantía indemnizatoria pedida. Frente a la misma se alza la Aseguradora del letrado y también la actora. Examinamos los motivos de Zurich Española Cía de Seguros y Reaseguros.

Primer motivo. Lo rechazamos. La sentencia motiva suficientemente y explica las pruebas practicadas que permiten dar por ciertos los incumplimientos del letrado: a) La incomparecencia del abogado al juicio en demanda sobre divorcio. b) Que el resultado del juicio sí tiene relación con la negligencia del letrado en cuanto en la sentencia se dan acreditados unos hechos con base en el artículo 770.3 LEC. c) No seguir las indicaciones de la cliente sobre no apelar, imponiéndose las costas en esa alzada al basarse el recurso en argumentos «inconsistentes y carentes de rigor», dice la sentencia de la Audiencia. No advertimos, pues, error del Juzgado al concluir, analizando las pruebas, que la sentencia tuvo relación con la postura omisiva del letrado de no acudir a juicio, ni indicar a la cliente que asistiera para poder ser interrogada y evitar la aplicación de aquel precepto procesal.

Segundo motivo. Se refiere a la cuantía de la indemnización. Como esto último es la base del recurso de la actora, que lógicamente pide más de la cantidad concedida en la sentencia, decidimos ambos en un único razonamiento.

a) Este punto no puede ser afrontado sin afirmar antes que los incumplimientos del letrado, básicamente no acudir al juicio, falta de comunicación con la cliente, y desobedecer los deseos de ésta (no recurrir), posiblemente sean los más graves incumplimientos que un letrado puede producir en su contrato de arrendamiento de servicios. Ha impedido con su omisión negligente, el ejercicio más básico de su cliente, cual es el derecho a la defensa.

Es desde esta perspectiva desde la que en principio ha de decidirse el *quantum* indemnizatorio, que, en congruencia ha de ser muy importante como muy graves han sido los incumplimientos del letrado.

b) Dicho de otra manera, la indemnización no se determina cotejando el perjuicio económico anudado a los comportamientos negligentes del letrado. Y ello porque, como afirma la jurisprudencia con carácter general, no es fácil aventurar el resultado económico del juicio de no haberse producido las conductas negligentes. Por lo que por esta vía, sin duda incorrecta, en la mayoría de los casos al no poderse establecer esa relación de causalidad la indemnización o no se produciría o sería pequeña.

c) Por ello reiteramos que la indemnización ha de establecerse teniendo en cuenta la gravedad de los incumplimientos y de ello inferir el daño –de todo tipo, pero fundamentalmente el moral– y valorarlo en términos económicos. En el primer párrafo del FD Tercero de la sentencia se recogen en esencia las ideas que acabamos de exponer, por lo que, a nuestro juicio no advertimos error alguno.

Desde tal perspectiva esta Sala anticipa que la petición global de 21.900,50 euros como traducción en dinero de los graves incumplimientos contractuales, y, a su través, de propiciar una sentencia sin que durante el juicio haya asistido el letrado contratado, sin, por consiguiente, practicar prueba alguna a favor de los intereses y postura de la cliente, sin contradecir las pruebas propuestas y practicadas por la otra parte, y sin producir alegación alguna a lo largo del todo el juicio en defensa de su cliente resulta la más grave situación que cabe imaginar en nuestro Estado de Derecho que en el artículo 24 de la CONSTITUCIÓN proclama como fundamental el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva en toda clase de juicio; hasta el punto de que ni siquiera al pobre legal se le niega tal derecho, siendo la propia sociedad quien pone a su disposición un letrado a quien no puede pagarlo.

Con lo razonado hasta ahora estamos rechazando la pretensión de la Aseguradora recurrente a quien parece excesiva la cuantía concedida.

Por otra parte estamos estimando el recurso de la actora, a la que, revocando la sentencia en parte, estimamos la demanda en su totalidad.

No obstante, y por no frustrar el derecho de las partes a que aludamos a los extremos concretos que discuten, añadimos lo que sigue:

1. Rechazamos la postura de la aseguradora en lo que atañe al importe de las costas impuestas en la segunda instancia. Pues la prueba pone de manifiesto que la apelación se tramita con la voluntad contraria de la cliente.

2. En congruencia con las premisas expuestas tanto en nuestra sentencia como en la de instancia es arriesgado fijar indemnización sobre pretensiones del juicio y sobre la presunción de que pudieran haber sido estimadas. En este punto podemos compartir la filosofía de la aseguradora, aunque no estimemos el recurso al estimar el interpuesto por la otra parte, para quien los daños morales, en correspondencia con la gravedad de la falta de diligencia del abogado, son tan profundos que nos parece adecuada la cantidad global en la que cuantifica los daños.

Por cuanto antecede, es visto que estimamos el recurso de Magdalena y desestimamos el de la Aseguradora Zurich España. Las costas de la alzada: no se imponen a doña Magdalena las de su recurso. Se imponen a la aseguradora recurrente las del suyo. Las de la instancia: se imponen a don José Ignacio y a Zurich las costas de la demanda formulada contra ellos. Se mantiene el pronunciamiento relativo a las costas de la demandada absuelta al no ser expresamente apelado tal pronunciamiento. (artículos 394.1 y 398 LEC).

PATRIA POTESTAD

La madre solicitó la privación de la patria potestad o en su caso la supresión de las visitas, pero el Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda y acordando de oficio que el menor abandonase de inmediato el tratamiento psicológico que estaba recibiendo y mandó a los progenitores a terapia familiar, emplazándoles para final de año con la finalidad de evaluar la evolución del proceso de normalización.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 2008

Magistrado- Juez: Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

La pretensión de la demandante se dirige a obtener una resolución de privación del ejercicio de la patria potestad del padre demandado o subsidiariamente un pronunciamiento de suspensión con carácter indefinido del régimen de relación y contacto con su hijo Sergio.

Antes de proceder a valorar la prueba practicada, se ha de destacar que, en todo caso, esas medidas se han de interpretar como excepcionales (así lo entiende una jurisprudencia unánime y consolidada, pues esa privación de ejercicio o suspensión de la relación con uno de los progenitores, implica ir en contra de la premisa, que no obstante admite prueba en contrario, de que en el desarrollo de todo menor es conveniente y adecuado que mantenga una vinculación saludable, afectiva, emocional y material tanto con su madre como con su padre. Sólo en caso de grave desatención, manifiesto incumplimiento de los deberes del cuidado que comporta el correcto ejercicio de la patria potestad, abandono, negligencia o maltrato, decaería esa presunción *iuris tantum* en favor del mayor interés del menor a ver limitada o definitivamente suspendida una relación que pudiera resultarle perniciosa y lesiva.

A tenor de esa doctrina jurisprudencial que interpreta lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil en términos de exclusivo interés de los menores, y a la vista de la prueba admitida y practicada, en el presente caso no se puede alcanzar la conclusión de que ni la privación de ejercicio de patria potestad, ni la suspensión indefinida de contacto y visitas del padre con su hijo, pueda resultarle beneficioso a éste.

Así por un lado, en el informe que emite el Equipo Psicosocial de fecha 25 de octubre de 2007, se aprecia que J. presenta sentimientos contradictorios que le provocan un gran conflicto de lealtad. Se afirma que el niño presenta una gran fragilidad e inquietud emocional al compartir dos núcleos familiares y dos hermanos pequeños. Por ello desde ese equipo se recomienda que ambos progenitores deben colaborar para que el menor pueda mantener unas relaciones paterno y materno-filiales en un clima tranquilo y de seguridad afectiva y donde además también se recomienda que ambos progenitores acudan a un proceso de mediación familiar con el fin de ser orientados en la forma de minimizar el impacto emocional y que J. no siga estando sometido a presiones interfamiliares.

En ningún caso se concluye que resulte positivo ni la privación del ejercicio de la patria potestad ni la suspensión de la relación paternofilial.

Mas por último, resulta sintomático y concluyente, el propio reconocimiento y audiencia del menor, en la que el niño de forma espontánea (lo que evidencia que no se encuentra negativamente mediatizado por su madre, pese a mostrar esa ambivalencia apuntada por el Equipo Técnico, pues otorgaba el rol de padre tanto a su padre biológico, «Fernando», como al actual compañero de su madre, lo cierto es que no mostraba un franco e insuperable rechazo hacia su «papá Fernando». El propio menor, contrariando incluso las apreciaciones de la psicóloga que le ha venido tratando, se mostró afectivo hacia su padre y entorno familiar, especialmente hacia su hermana de pocos meses, a quién quedó claro que el niño profesa un gran cariño.

Sergio no mostró indeferencia hacia su padre, a quien solamente reprocha que en muchas ocasiones no le presta la debida atención, lo que le produce aburrimiento. Resultaría pues, conveniente, que el padre mejorara notablemente sus habilidades parentales, ofreciendo a su hijo un marco y ambiente de vinculación más apropiado y acorde a las exigencias que le reclama el pequeño.

En definitiva, no procede, en modo alguno, en interés del menor y atendiendo a su voluntad, que en el presente asunto se considera coincidente con ese interés, que se suspenda ni restrinja la relación paternofilial, debiendo el Sr. XX mantener la actitud de mejora que desde el mes de enero, consta que ha iniciado para recuperar a su hijo, y aun cuando esa actitud se deberá también hacer extensiva a una mayor implicación en su educación y desarrollo, dado que se ha informado que el padre nunca se ha interesado por conocer sobre la marcha escolar y problemas de salud de su hijo.

En interés del menor, por tanto, resulta conveniente no que el niño deje de ver a su padre sino que con carácter inmediato deje de ser tratado por la psicóloga doña Luisa quien ha aconsejado que para «el bienestar psicológico y emocional de J. sería necesario retirar las visitas y patria potestad del padre». Afirmación que se entiende como gratuita, contraria a los deseos expresados, se reitera, libre y espontáneamente por el niño, quien se limitó a expresar que quería que su «papá Fernando» le echara más cuenta y le llevara al cine para no aburrirse cuando está con él. Cuando se le preguntó si consideraba oportuno que desde el Juzgado se le «pegara un tirón de orejas» para que se aplicara en ser un buen padre cuando estuviera con él, el propio Sergio (tomándose la frase por su literalidad) expresó que el Juzgado se limitara a pedírselo. El niño quiere a su padre y su hermanita. Si desaparecieran de su vida, efectivamente, ello repercutiría en su estabilidad a corto plazo, desapareciendo los sentimientos contradictorios que en él provocan un conflicto de lealtad, mas esa sería la solución fácil y cómoda que, además por mera conveniencia de los adultos, le causaría a la larga un irremediable perjuicio, privándole de un padre y de todo su entorno familiar para, seguidamente, su espacio ser ocupado por el otro padre que ahora su madre ha decidido que resulta más idóneo.

Dado el objeto del proceso, cuestión de orden público, y puesto que se ha detectado una situación de riesgo que afecta a la integridad afectiva y emocional de un menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, se adoptarán en el fallo, y en consonancia a la anterior fundamentación, las medidas que se estimen adecuadas para su corrección, medidas que tendrán carácter vinculante y preceptivo para los progenitores al depender de su consecución, cumplimiento y efectividad, la felicidad y recuperación psicológica de un niño.

En la parte dispositiva se acuerdan las siguientes medidas.

1) El menor deberá abandonar con carácter inmediato el tratamiento psicológico al que se encuentra sometido en el Centro XXX, y en concreto con la psicóloga doña Luisa.

2) Ambos progenitores deberán someterse a un proceso de mediación familiar en el Centro que voluntariamente elijan en un plazo no superior a DIEZ DÍAS desde la notificación de la presente Sentencia, transcurrido el cual, sería el Juzgado el que les impondría el centro de mediación y orientación familiar al que deberán dirigirse. En uno y otro caso, el Juzgado le remitirá a ese Centro, el correspondiente protocolo de derivación con indicación de que el objetivo será, conforme a la recomendación del Equipo Psicosocial, que ambos progenitores consigan minimizar el impacto emocional y conflicto de lealtad que sufre Sergio, dejando de estar sometido a presiones interfamiliares.

3) Requerir al padre para que siga en la línea iniciada de mejora en la demostración de habilidades parentales hacia su hijo, elevando el grado de compromiso e implicación en todo lo que atañe a su educación y desarrollo.

4) Convocar a ambos progenitores para que antes de final de año, comparezcan ante el Juzgado (jueves 18 de diciembre de 2008 a las 10.00 horas) a fin de evaluar la evolución en el proceso de normalización de la relación paternofilial, y el impacto positivo que las medidas adoptadas hayan podido tener en el pequeño Jorge.

GUARDA Y CUSTODIA

Dado el trastorno de conducta y asocialidad del hijo se acuerda atribuir la custodia a un Centro de menores, donde podrá ser visitado por la madre exclusivamente, suspendiéndose las visitas con el padre hasta que el menor supere la aversión a la figura materna que ha sido inculcada por aquél.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 2008

Magistrado-Juez: Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

La cuestión principal que plantea este tipo de guarda es saber quiénes y en qué circunstancias pueden establecer que sea un tercero el encargado de la guarda del niño. La respuesta a dicha cuestión está en la posibilidad de que los padres en el convenio regulador establezcan que la guarda sea desempeñada por un tercero, como se deduce de la interpretación conjunta del apartado A) del artículo 90 del CC y de la medida 1.ª del artículo 103 del CC. Además los padres no están sometidos a las limitaciones que la medida 1.ª del artículo 103 CC impone al juez para poder adoptar esta medida, y, por lo tanto, pueden encargar la guarda de sus hijos a un tercero cuando así lo estimen oportuno, quedando a salvo siempre la facultad del juez de considerar que tal medida es contraria, en el caso concreto, al interés del hijo.

Por otro lado, el juez podrá también adoptar esta solución, pero esta vez con los límites que señala la medida 1.ª del artículo 103 del CC, dándole un carácter excepcional a esta medida ya que sólo en determinadas situaciones y casos podrá adoptarla encargando la guarda a otra persona –distinta de abuelos y demás parientes– que no sean los progenitores y, en caso de no haberla, se encargará la guarda a una institución idónea, como establece la AAP Barcelona de 15 de septiembre de 1999. Este carácter excepcional es lógico puesto que el juez está privando a los padres de su derecho a tener consigo a los hijos y del resto de sus funciones.

El carácter excepcional de esta medida significa para la SAP Álava de 20 de octubre de 1999 que si no concurren circunstancias excepcionales, que deberán ser interpretadas restrictivamente, no cabe encomendar la guarda del menor a personas ajenas a los progenitores. Cuando el propio artículo citado anteriormente, así como el artículo 92 del CC, imponen al Juez la adopción de las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos partiendo del principio del beneficio o interés de los mismos, ello lo es en relación, en principio, con la atribución a uno de los progenitores de la guarda y custodia, lo que no significa que puedan ser encomendados sin más a otras personas, por muy beneficioso que pudiese ser para los menores, siempre y cuando no concurra la excepcionalidad. En este sentido, la AAP Tarragona de 10 de mayo de 2002 indica la necesidad de tener en cuenta la Convn. de 20 de noviembre 1989 de los Derechos del Niño, que en su artículo 7 establece que el niño tendrá derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, y en el artículo 9 se señala que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo las excepciones que establece; además de significar el derecho natural de ejercicio de la potestad por el padre, como progenitor, cuya unión en orden natural debe prevalecer como núcleo principal o primero sobre el derivado del mismo.

En cuanto a las circunstancias que han de darse para proceder a otorgar la custodia de un menor a persona distinta a sus progenitores, afirma la SAP Asturias de 29 de mayo de 2002 que, si bien la situación personal y económica de éstos es importante, no es determinante; sí lo es el nivel de relación de los padres con su hijo, el entorno familiar y la capacidad de uno para asumir estos menesteres, siendo estas circunstancias las que van a determinar la solución que se adopte teniendo siempre en cuenta el interés superior y prevalente del menor.

En consideración a todo ello, en el presente caso, se ha de poner de manifiesto las circunstancias excepcionales que en relación al hijo mayor, aconsejan, en su interés, tanto la separación de su hermano menor, que quedaría bajo la guarda y custodia de su madre, como su ingreso en un centro especializado para niños con problemas de trastorno de conducta y asocialidad (Centro Dulce Nombre de María de Málaga) dependiente de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social. Al respecto se ha de descartar la idoneidad del padre para asumir esa responsabilidad por cuanto que consta que el Sr. Enrique nunca ha atendido adecuadamente a sus hijos, despreocupándose de su correcta alimentación, educación e incluso atención higiénica y sanitaria. Mas lo que resulta más lamentable, consta y así se deduce de su actitud y comportamiento, que está manipulando y utilizando a su hijo Enrique para

hacer daño a su madre, en una auténtica estrategia de maltrato y violencia de género encubierta, en la que es el propio hijo el instrumento empleado para ocasionar ese perjuicio físico y psicológico. Desde hace tiempo el menor ha entrado en una auténtica dinámica, se insiste mediatizada, de acoso y derribo a su madre, a quien agrede y provoca con el fin posterior de denunciarla cuando ésta reacciona ante dichas agresiones.

Por su parte, la madre consta que, aun ostentado capacidad e idoneidad para hacerse cargo de sus hijos, materialmente, no puede seguir siendo la víctima del comportamiento violento y agresivo de su hijo mayor, y no sólo por ella, sino porque también, prolongar y mantener esa situación, puede provocar que se traslade y tenga influencia en el hijo menor.

La situación de guarda y custodia del hijo menor en favor de la madre, compartiendo con el padre el ejercicio de la patria potestad sobre el mismo, determina que se deba establecer un régimen de visitas y relación con este último, que se concretará en la parte dispositiva de esta resolución.

En cuanto al hijo mayor que, como se ha dicho, quedará ingresado y tutelado en un Centro especializado, implicará la supresión de las funciones de patria potestad por parte de ambos progenitores, pudiendo Enrique ser visitado por su madre con respecto a las normas de visita que determine el propio centro, y quedando en suspenso todo contacto con el padre hasta que el niño no supere la situación de aversión y rechazo que muestra hacia la figura materna a consecuencia, se insiste, de la influencia negativa que sufre por parte del Sr. Enrique.

RÉGIMEN DE VISITAS

Problemática en el cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia que declara la paternidad biológica de un menor con la oposición de la madre.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE CÓRDOBA, AUTO DE 23 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Javier Pérez Martín

Con fecha 25 de abril de 2007 se dictó por este juzgado sentencia cuya parte dispositiva es la siguiente: Que, estimando las demandas interpuestas por don Jesús contra doña María, la menor doña Beatriz y don José Manuel, se hacen los siguientes pronunciamientos:

1. Debo declarar y declaro que la menor doña Beatriz no es hija biológica de don Alberto.

2. Debo declarar y declaro que la menor doña Beatriz es hija no matrimonial de don Jesús.

3. Líbrese el oportuno mandamiento al Registro Civil a fin de que se rectifique la inscripción de nacimiento de la menor en el sentido indicado y se haga constar que, a partir de ahora, los apellidos de la menor serán ...

4. Para regular las relaciones paterno-filiales se establecen las siguientes medidas: a) La patria potestad será compartida por ambos progenitores; b) Se otorga la guarda y custodia de la menor a la madre; c) Se fija el siguiente régimen de visitas: el padre podrá relacionarse con la menor dos fines de semana al mes, sábados y domingos, desde las 10 a las 20 horas, debiendo realizarse las cuatro primeras visitas en presencia de un familiar o persona de confianza de la madre. Dichas visitas se llevarán a efectos fuera del domicilio familiar de la menor. Cuando la menor cumpla cinco años, el régimen de visitas consistirá en fines de semana alternos desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, que se dividirán en dos períodos, correspondiendo al padre el primer período en los años pares y a la madre los impares. d) Se fija una pensión alimenticia a favor de la menor de 220 euros mensuales que deberá ingresar en la cuenta bancaria que designe la madre dentro de los cinco primeros días del mes. Dicha pensión se revisará en el mes de enero de cada año conforme al IPC. Además el padre deberá hacer frente al 50% de los gastos extraordinarios.

5. No se hace pronunciamiento de condena en costas debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por doña María, siendo desestimado por la Sec. 2.ª de esta Audiencia Provincial en Sentencia de fecha 28 de diciembre de 2007.

Con fecha 23 de enero de 2008, se presentó demanda de ejecución a instancias de don Jesús en la que solicitaba el cumplimiento del pronuncia-

miento del régimen de visitas, además de solicitar que se designe un número de cuenta donde poder hacer efectivo el importe de la pensión alimenticia que se fijó en la sentencia.

Con fecha cuatro de marzo de dos mil ocho se dictó auto por este juzgado acordando requerir a la Sra. María a fin de que, de manera inmediata, diese cumplimiento al régimen de visitas establecido en la sentencia. Dicha resolución se notificó al Ministerio Fiscal y a la ejecutada.

La primera cuestión sobre la que llama la atención este juzgador es que nos encontramos ante una sentencia que ha adquirido firmeza a primeros de año y que, conforme señala el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe ejecutarse en sus propios términos. Por tanto, no es ahora el momento de cuestionar si el régimen de visitas que se fijó en la sentencia dictada es o no el adecuado, ya que sin poder ignorarse que las medidas que se dictan en relación con los hijos no gozan del efecto de cosa juzgada, lo que es evidente es que toda modificación debe estar basada en una alteración sustancial de circunstancias, pero no estamos en ese caso, dado que nada se ha alegado en este sentido por la parte ejecutada.

En segundo lugar, no era necesario la emisión de ningún informe psicológico para comprender que, tras el dictado de la sentencia, se presentaba para la menor una nueva realidad, ya que su padre biológico aparecería en escena, y el régimen de visitas que se estableció por este tribunal fue sensible con esta circunstancia. No olvidemos que dicho régimen está muy próximo al que la propia madre solicitó con carácter subsidiario para el caso de que se estimase la acción de reclamación e impugnación de la paternidad.

Por último, y aún reconociendo que el Sr. Jesús pudo inicialmente hacer una dejación de sus funciones al reclamar tardíamente la paternidad (aunque no consta que la Sra. María la reclamara para lo cual estaba perfectamente legitimada), no puede dejarse de lado la actuación de la Sra. María en cuanto a que, recibida la demanda de reclamación de paternidad en el mes de abril de 2006, no tuvo otra idea que comparecer junto con el Sr. S. ante el Registro Civil para que este último reconociese la paternidad de la menor. Por tanto, no puede achacarse al padre una desidia en cumplir sus funciones paterno-filiales cuando la madre, desde la fecha en que fue emplazada hasta la actualidad ha intentado, primero que no se reconociese la paternidad y después que no exista relación paterno-filial. Así pues, han transcurrido dos años desde que el Sr. Jesús reclamó la paternidad y al día de hoy sigue sin poder ver a la menor. La conclusión de ello es que la madre no se encuentra legitimada para imputar un incumplimiento de los deberes paterno-filiales al ejecutante cuando ella, durante dos años, ha propiciado y consentido dicho incumplimiento.

Firme la sentencia viene ahora el problema de la ejecución ¿Cómo le decimos a la niña que tiene otro padre? Si cuando la Sra. María recibió la cédula de emplazamiento hubiese optado por admitir los hechos (las pruebas eran evidentes) hoy no estaríamos ante una menor de cuatro años que va a conocer por primera ver a su padre biológico. Dos años antes todo hubiese sido más fácil ¿Podemos culpar al Sr. Jesús de la situación actual? Evidentemente que no. La madre es la que de forma exclusiva no ha sabido abordar el problema ni ha preparado a la menor para la nueva situación que se le presentaba. Llama la atención a este tribunal que en el escrito de oposición se manifieste que, «ante la incomparecencia del Sr. Jesús a la consulta de la psicóloga, no se le ha podido comunicar a la niña su filiación». Es labor de la madre deshacer el problema que ella misma ha creado imponiéndole a la menor un padre distinto al biológico, y si bien, ello pudo estar guiado inicialmente por los mejores deseos de bienestar de la menor, una vez interpuesta la demanda llegaba el momento de reconocer la realidad y preparar a su hija para conocer a su padre biológico. Ahora, y para no perjudicar a la menor, necesitará la ayuda de profesionales especializados para que la guíen en la ardua tarea de deshacer los errores que cometió.

Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se dictó sentencia, en beneficio de la menor, procede matizar el régimen de visitas en el sentido de que las cuatro primeras visitas se llevarán a efecto desde las 11 a las 14 horas, y en presencia de una persona de confianza de la madre, ya sea familiar o un profesional especializado, llevándose a cabo las recogidas y entregas en el Punto de Encuentro Familiar, a cuyo efecto se librará el oportuno oficio. Transcurrido dicho período, las visitas tendrán lugar tal y como se indicó en la sentencia, es decir, las próximas cuatro visitas desde las 10 a las 20 horas en presencia de un familiar o un profesional especializado, y posteriormente durante las mismas horas sin la presencia de ninguna persona del ámbito de la ejecutada. Cuando la menor cumpla cinco años comenzará a regir el régimen de visitas ordinario. Paralelamente y de forma inmediata, ambos progenitores se someterán a una terapia con un profesional que designen de mutuo acuerdo (en su defecto se insaculará por el juzgado) para ser ilustrados de la conducta a seguir en beneficio de la menor, bien entendido que la intervención de esta profesional no tendrá como finalidad valorar si el padre se encuentra o no capacitado para ejercer las funciones de la patria potestad, sino

que su función se dirigirá exclusivamente a dar cumplimiento a la sentencia.

Para finalizar, cree este juzgador necesario hacer una serie de recomendaciones a la madre en el sentido de que la situación que se ha creado no se va a resolver con la interposición de procedimientos judiciales y que, como progenitor que ostenta la guarda y custodia, tiene entre sus funciones la de lograr, fomentar y potenciar la relación de la menor con el otro progenitor, para que así ésta, con la triangulación absolutamente necesaria puedan lograr un adecuado desarrollo psicológico de su personalidad. La hija debe conocer e interiorizar las figuras que corresponden a sus padres biológicos, tanto la paterna, como la materna, las cuales no deben ser nunca sustituidas, ni suplantadas, por las de las nuevas parejas sentimentales de uno u otro, como ha sucedido en este caso, pues, al permitir la madre, que dijera «papá» a su actual pareja (incluso después de interpuesta la demanda de reclamación de paternidad), no ha hecho sino coadyuvar a la confusión relacional de la hija, por lo que se refiere a un dato tan trascendente, como es, el saber, sin duda alguna, quién es realmente su padre biológico, pues, no puede olvidarse, ni ignorarse, y ello se insiste, por ser fundamental, que cada persona tiene un rol concreto dentro de la familia, el cual debe quedar fijado y establecido con absoluta claridad para la menor, quien debe asimilar que los respectivos compañeros sentimentales de sus progenitores, por mucho que actúen correctamente y muestren cariño hacia ella, no son más que la nueva pareja de su padre o de su madre biológica y que estos últimos, tanto uno, como otra, nunca dejarán de ser, ni perderán la condición de progenitores.

No seguir estas recomendaciones será introducirse en una costosa y peligrosa vía que ningún beneficio aportará ni a la menor ni a la madre. Cuanto antes se asimile la realidad actual antes se liberará la madre del problema que actualmente tanto le preocupa. De persistir la madre en su conducta de impedir las relaciones paterno-filiales, las consecuencias se prevén con meridiana claridad en el artículo 776 de la LEC, dejando en manos de la letrada de la Sra. María explicarle de la manera más sencilla posible lo que en un futuro puede pasar.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque no se ha acreditado la realidad de los abusos, para evitar perjuicios al menor, se acuerda un régimen de visitas con determinadas cautelas.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, AUTO DE 4 DE MARZO DE 2008

Magistrado-Juez: Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, se considera que resulta procedente adoptar medidas de protección del menor XXXX ante la situación de riesgo detectada, ya que, o bien por un lado, dicho menor ha podido sufrir algún tipo de abuso sexual, o bien puede haber sido sometido a una situación de victimización secundaria, al haber sido expuesto a una intervención por parte de profesionales (pediatra de centro de salud, hospital infantil, salud mental, policía, Juzgado de Instrucción, psicólogos y EICAS, que pudiera haber sido innecesaria si realmente la sospecha de abuso no respondiera a la realidad denunciada.

En todo caso, el riesgo existe y requiere la adopción de las medidas que se expondrán en la parte dispositiva de esta resolución.

En conclusión, la única intervención que se estima objetiva, fiable y cualificada es la realizada por el Equipo de Evaluación e Investigación de casos de abuso sexual (EICAS), en el que se aprecia que el testimonio del menor aparece como dudoso, debido principalmente, a que se estima que Jesús cuando ha sido entrevistado por ese Equipo se encuentra en una fase de retractación de verbalizaciones realizadas con anterioridad, resultando que a esa edad los niños pueden aprender a responder y pueden incorporar en su discurso claves y cuestiones relevantes en relación a la sospecha de abuso sexual y el lenguaje de los adultos, con la consiguiente pérdida de criterios específicos en el testimonio.

Según las informaciones aportadas y que se reflejan en ese informe de EICAS, se han producido incidentes y cambios importantes en el contacto con el supuesto ofensor, provocados principalmente por la negativa por parte de la madre a acceder

al desarrollo de las visitas, convencida ésta de que el contacto paterno-filial perjudica a su hijo.

Por consiguiente, la evaluación realizada por EICAS se enmarca dentro de una separación conflictiva, donde la interpretación de los supuestos hechos puede encontrarse muy mediatizada por vivencias personales negativas asociadas al período de relación entre ambos progenitores.

En todo caso, se considera necesario destacar que en el informe se indica que el propio niño ha mostrado una clara contradicción en su testimonio al afirmar literalmente que era él quien eyaculaba y no su padre diciendo literalmente «que a él le salía una infección blanca de la cola».

Ante ello, se estima adecuado seguir las recomendaciones que se recogen en el informe técnico cualificado de EICAS, en el que en ningún momento se aconseja para garantizar el bienestar del menor que se suspenda el contacto entre padre e hijo. Apreciada la situación de conflicto y malestar entre los progenitores y el actual rechazo del menor ante las visitas, se estima conveniente derivar la situación de patología familiar a un Equipo de terapia tal y como ha propuesto el Ministerio Fiscal, con el fin de recibir orientación a ambos progenitores al objeto de llegar a acuerdos sobre el menor y solucionar sus percepciones y diferencias, así como procurar una medida profesional que pueda detectar las posibles situaciones de riesgo. Entre tanto, las visitas se llevarán a efecto de forma controlada y supervisada por el Punto de Encuentro Familiar y hasta tanto en cuanto pueda tener entrada el asunto en dicho recurso, debido al colapso que padece, el único existente, ante la falta de sensibilidad institucional para dotar a la ciudad de Sevilla de un instrumento para la protección de la infancia tan eficaz y necesario, será el propio Juzgado el que supervise las entregas y recogidas del menor por parte de su padre, tal como ha propuesto el Ministerio Fiscal y se expresará en la parte dispositiva de esta resolución.

Por último, conviene indicar que se remitirá testimonio del informe emitido por la psicóloga doña XXXX al Colegio de Psicólogos para su valoración por la Comisión Deontológica de ese Ilustre Colegio dado que ante la gravedad del hecho que es objeto de examen en el presente expediente, se estima que el informe de catorce líneas que emite dicha profesional carece del más mínimo rigor y contenido científico.

Visto lo cual, se acuerda:

– Se someta a ambos progenitores y si fuera preciso al menor, a un proceso de terapia familiar a fin de paliar la situación de riesgo en la que se encuentra el menor y previa determinación de la causa de rechazo del niño a la figura paterna, se reconduzca la situación familiar en un proceso de intervención por el cambio con el objetivo de lograr la normalización de esa relación paterno-filial. Para ello líbrese oficio a la Unidad de Terapia Familiar de la Unidad de Día del Hospital Universitario Virgen Macarena.

– Mientras se lleve a efecto esa terapia se deriva el cumplimiento de las visitas al Punto de Encuentro Familiar con el carácter de urgente y a fin de supervisar las entregas y recogidas del menor por parte del padre, así como la situación y estado de ánimo que tiene especialmente el menor a la hora de concluir esas visitas con su padre. Líbrese el correspondiente Protocolo de actuación.

– Mientras no sea posible esa intervención del Punto de Encuentro debido al colapso que sufre, ante la carencia de recursos materiales que sufre Sevilla en esta materia, se acuerda que las entregas y recogidas se efectúen por el padre en fines de semanas alternos en el Juzgado, recogiendo al niño a las 13.30 horas el viernes y reintegrándolo el lunes a las 9.30 horas. La madre tendrá la obligación de que los viernes tendrá que traer al niño al Juzgado a las 13.00 horas y recogerle el lunes a las 10.00 horas también en sede judicial. En Semana Santa, el padre recogerá a su hijo el lunes a las 10.00 horas y lo reintegrará el miércoles a las 13.00 horas, con obligación por parte de la madre de traer al Juzgado al niño a las 9.30 y recogerlo el miércoles a las 13.30 también en sede judicial. En la semana siguiente, es decir, en el fin de semana comprendido entre los días 28 a 31 de marzo se mantendrá el régimen de visitas en fines de semanas alternos en la forma indicada. Se acuerda que, al menos, hasta que puedan comenzar la visitas en el Punto de Encuentro Familiar, quien se encargue de traer y recoger al niño Jesús por parte de la madre, sea su tía Vanesa con quien el niño tiene un gran apego y alto grado de confianza.

– Se previene a ambos progenitores de la obligación de cumplir con ese régimen, apercibiendo al padre de que cuando esté con su hijo esté en compañía de otros familiares y que su hermana o madre , (tía y abuela paterna del menor), se ocupen de todas las cuestiones referentes a la higiene del niño, para evitar cualquier mal interpretación o posible sugestión por parte del propio menor o del entorno materno. En cuanto a la madre se le previene que en caso de no cumplir con esa obligación y régimen controlado y supervisado de visitas se podría dar lugar a un cambio de guarda y custodia en interés del menor.

– Por último, se acuerda librar oficio al Ilustre Colegio de Psicólogos de Sevilla con el fin descrito en el fundamento de derecho de la presente resolución.

Revista de Derecho de

familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Con carácter general, para determinar el haber hereditario es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales. No obstante, cuando concurren todos los herederos del causante a dar cumplimiento a una disposición testamentaria, no resulta necesaria la previa liquidación.

RESOLUCIÓN DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2007

Antes de entrar en el fondo del recurso planteado, conviene hacer una precisión formal acerca de una cuestión puesta de manifiesto por el Notario en su escrito de recurso y por la Registradora en su informe, consistente en el hecho de que la nota de calificación que se recurre fue notificada al Notario autorizante por fax.

A este respecto conviene recordar aquí la doctrina de este Centro Directivo (cfr. por todas, las Resoluciones de 11 de junio de 2004, 1 de febrero y 12 de septiembre de 2005, 19 de abril de 2006, 12 de mayo de 2007 y 19 de julio de 2007), según la cual el telefax no es medio idóneo de notificación de la calificación negativa, pues tal notificación queda sujeta *ex* artículo 322, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y, obvio es decirlo, en ninguno de esos preceptos se admite el fax como medio de notificación, porque no permite tener constancia de la adecuada recepción por el destinatario de la calificación efectuada así como de la fecha, identidad y contenido del acto notificado.

Y según el mencionado precepto de la Ley Hipotecaria, sólo cabe efectuar la notificación de la calificación negativa al Notario por dicha vía telemática cuando éste hubiese formulado una manifestación, de la que quede constancia fehaciente, aceptándola.

Al haber omitido la notificación practicada, uno de los requisitos formales a que debía someterse, la lógica consecuencia es que el recurso no puede estimarse extemporáneo, como sostiene la Registradora, sin perjuicio, en su caso, del tratamiento que pudiera tener el incumplimiento en el ámbito disciplinario [cfr. artículo 313, apartados B) e) y C) de la Ley Hipotecaria].

Por lo demás y en ese mismo plano formal, no se entiende la objeción del Notario acerca de la omisión en la nota de calificación de los medios para impugnarla, pues todos ellos aparecen consignados en ella con la suficiente precisión.

2. Por lo que a la cuestión de fondo se refiere, se trata ésta de la inscripción de una finca inscrita con el carácter de bien ganancial, inventariada en una escritura de aceptación y adjudicación de herencia, como la única que integra el haber hereditario, en la que los tres hijos y herederos de los padres, se adjudican la finca inventariada por terceras partes indivisas. La Registradora opone a la inscripción el no haberse llevado a efecto al mismo tiempo, la liquidación de la sociedad de gananciales de los difuntos esposos.

3. Conceptualmente, es de destacar que, disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que lo integran, y de la que pueda disponerse separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o, de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo, cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno se le adjudique en la liquidación.

Es decir, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, lo que supone la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, ya que sólo

después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes.

4. No obstante, como ya señalara este Centro Directivo en las Resoluciones de 20 de julio y 1 de octubre de 2007, hay casos, en los que concurriendo todos los herederos de los causantes a dar cumplimiento a una disposición testamentaria, no resultaría necesario, aunque el bien que se pretenda inscribir aparezca inscrito como ganancial, determinar previamente mediante la liquidación formal de la sociedad de gananciales, qué participación del mismo correspondería a una u otra herencia, por cuanto los derechos vienen configurados en su naturaleza, contenido y extensión por el título material que los origina, lo que unido al ámbito de autonomía que se reconoce a la voluntad privada –artículo 1255 del Código Civil–, determina que para la correcta constatación en los libros registrales de las titularidades reales concurriendo varios títulos adquisitivos a favor del mismo sujeto, todos ellos determinantes de titularidades idénticas en su modo de ser y coincidentes en el objeto, bastaría a efectos del principio de especialidad, con la fijación de las cuotas recibidas por cada uno de los hijos y herederos, para que la titularidad global quede fielmente reflejada.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Procedencia de la inscripción de la escritura de compraventa y de hipoteca sin que sea necesario que las capitulaciones otorgadas por los compradores (chileno y argentina) ante notario español deban constar inscritas en el Registro Civil.

RESOLUCIÓN DE 9 DE ENERO DE 2008

1. Como antecedentes necesarios para la resolución de este recurso, cabe reseñar los siguientes:

a) Mediante escritura autorizada el 20 de abril de 2007 por el notario ahora recurrente, los cónyuges, uno de nacionalidad chilena y el otro de nacionalidad argentina, adquirieron un inmueble por mitad pro indiviso, toda vez que, según se indica en la comparecencia de la escritura, dichos consortes habían pactado el régimen de absoluta separación de bienes, mediante escritura autorizada el mismo día por el citado notario. Acto seguido y en la escritura con el siguiente número de protocolo, los dos cónyuges adquirentes del bien constituyeron sobre el mismo una hipoteca unilateral en favor de determinada entidad de crédito, en garantía de un préstamo.

b) Los defectos expresados en la calificación registral, ciertamente parca (ha de recordarse que, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal o de Resoluciones, sino que es preciso justificar la razón por la que ese precepto o resolución es de aplicación y la interpretación que de ellos efectúa el funcionario calificador, y que la motivación, aun cuando pueda ser sucinta, ha de ser suficiente), se concretan en lo siguiente:

Respecto de la escritura de compraventa, que estando los compradores casados en régimen de separación de bienes pactado en escritura otorgada ante el mismo notario autorizante de la escritura de compraventa, no se ha acreditado la inscripción de tales capítulos en el Registro Civil.

Y respecto de la escritura de constitución de hipoteca unilateral, que en la misma no consta el domicilio del acreedor.

c) El notario autorizante de las escrituras recurre contra dicha calificación con base en los argumentos que han quedado reseñados en el apartado III de los Hechos.

d) El Registrador de la Propiedad accidental que emite el preceptivo informe y eleva el expediente a este Centro Directivo mantiene la calificación únicamente respecto de la escritura de compraventa, toda vez que en relación con la de constitución de hipoteca unilateral reconoce que, una vez inscrita la compraventa previa, no hay obstáculo alguno que impida la inscripción de aquélla, sin perjuicio de que sea la escritura de aceptación, que habrá de tener lugar en la forma y tiempo determinados en la Ley Hipotecaria, la que deberá expresar inexcusablemente el domicilio del acreedor hipotecario.

2. Antes de examinar la única cuestión de fondo que ha de ser resuelta en este recurso, se hace necesario abordar diversas cuestiones de índole formal.

a) En primer lugar, afirma el recurrente no haber sido notificado de las calificaciones en la forma prevista en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 56 y 58 de la Ley 30/1992 y haber tenido noticia de la

calificación por la devolución de los títulos en su despacho por el presentante, resultando del informe emitido por el registrador accidental la práctica de la misma mediante telefax.

Respecto de esta cuestión, baste recordar una vez más el criterio de esta Dirección General *(vid.,* por todas, las Resoluciones de 11 de junio de 2004, 1 de febrero y 12 de septiembre de 2005, 19 de abril de 2006, 12 de mayo, 19 de julio y 7 de noviembre de 2007), según el cual el telefax no es medio idóneo de notificación de la calificación negativa, pues tal notificación queda sujeta –*ex* artículo 322, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria– a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y, obvio es decirlo, en ninguno de esos preceptos se admite el fax como medio de notificación, porque no permite tener constancia de la adecuada recepción por el destinatario de la calificación efectuada así como de la fecha, identidad y contenido del acto notificado. Y según el mencionado precepto de la Ley Hipotecaria, sólo cabe efectuar la notificación de la calificación negativa al Notario por dicha vía telemática –telefax– cuando éste hubiese formulado una manifestación, de la que quede constancia fehaciente, aceptándola.

Por lo demás, y sin perjuicio de advertir al funcionario calificador de la improcedencia de su conducta al utilizar como medio de notificación un sistema no admitido legalmente, debe estimarse que el vicio procedimental indicado ha quedado sanado, *ex* artículo 58.3 de la Ley 30/1992, toda vez que no ha impedido al interesado interponer el recurso en condiciones que implican el pleno conocimiento en tiempo oportuno del contenido de la notificación, y todo ello porque, como ha declarado también reiteradamente este Centro Directivo, la pretendida comunicación por fax al Notario recurrente no debe tenerse por notificación válida sino a partir del momento en que el mismo se da por notificado, circunstancia que tiene lugar en el escrito mediante el que se formaliza el recurso, por lo que ha de entenderse que el mismo no es en modo alguno extemporáneo.

b) Por lo que se refiere a la alegación del notario relativa a la negativa a la nueva calificación por él solicitada en fecha 23 de agosto de 2007, hay que tener en cuenta que es doctrina de este Centro Directivo (*vid.* la Resolución de 6 de junio de 2007) que, una vez transcurrido el plazo de vigencia del asiento de presentación, si se realiza una nueva presentación del título anteriormente calificado de forma negativa, ha de ser, entonces, objeto de nueva calificación que, si continúa siendo negativa, abre –una vez notificada– nuevo plazo para interponer contra la misma los recursos procedentes.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, añadió un nuevo párrafo –segundo– al artículo 323 de la Ley Hipotecaria para el supuesto de que se presentara de nuevo el título ya calificado –al margen, cabría añadir, de las vicisitudes que en casos como el presente afecten a tal notificación– sin esperar a que finara la vigencia del asiento de presentación y sin haberse subsanado los defectos; y en tal caso tanto la duración de la prórroga como el plazo para interponer el recurso comienzan a contarse desde la notificación de la calificación efectuada (en este supuesto concreto desde que se tiene por notificada según resulta de lo anteriormente expuesto), sin que se produzca una reapertura de los plazos con motivo de la nueva presentación. Por consiguiente, no era procedente la petición formulada por el notario autorizante al presentar nuevamente los títulos en el Registro.

3. En relación con el fondo del recurso, y como ya se ha expuesto anteriormente, debe determinarse únicamente si en la escritura de compraventa calificada debe acreditarse la indicación en el Registro Civil de los capítulos matrimoniales otorgados ante Notario español por dos ciudadanos extranjeros (cuyo matrimonio se había celebrado en el extranjero, según se desprende del presente expediente).

Hay que tener presente que los matrimonios de extranjeros celebrados en el extranjero no tienen acceso al Registro Civil español, conforme a los principios de conexión personal y territorial formulados en el artículo 15 de la Ley del Registro Civil (cuya actual redacción por la reforma operada en su apartado segundo por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, no altera estas conclusiones, dado el tipo de asiento previsto para las indicaciones). En efecto, según constante doctrina de este Centro Directivo, la inscripción en el Registro Civil español del matrimonio celebrado por extranjeros fuera de España sólo procede en el supuesto de que cualquiera de los contrayentes haya adquirido posteriormente la nacionalidad española y el matrimonio subsista (*vid.,* por todas, la Resolución de 6 de noviembre de 2002 -1.ª).

En el presente caso, además, no cabe desconocer la doctrina que este Centro Directivo estableció en su Resolución de 5 de marzo de 2007, poniendo de manifiesto que, si se trata de una adquisición por dos esposos de distinta nacionalidad, habrá de determinarse, por manifestación del adquirente o adquirentes, cuál sea la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español (cfr. artículo 9.2 del Código Civil), pues

de esa manera podrá saberse si la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial será una ley extranjera, lo que posibilitará que de acuerdo con el artículo 92 del Reglamento Hipotecario la finca se inscriba con sujeción al régimen matrimonial de esa ley nacional, sin necesidad de especificar cuál sea aquél, o por el contrario, el régimen económico matrimonial se rige por la legislación española, por lo que de acuerdo con el artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario, habría que manifestar y, en su caso, acreditar (si derivara de un pacto capitular), el régimen económico-matrimonial concreto, por afectar la adquisición que se inscribe a los derechos futuros de la sociedad conyugal (cfr. artículos 93 a 96 del Reglamento Hipotecario).

En el presente caso es plenamente aplicable –con mayor razón, si cabe– la doctrina anterior, puesto que si esas capitulaciones matrimoniales otorgadas han de tenerse por plenamente válidas y eficaces en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. artículos 9.2, 9.3, 11, 12.1 y 12.6 del Código Civil), tienen la clara virtualidad de dotar de mayor seguridad al régimen económico-matrimonial, facilitando así que el mismo sea convenientemente reflejado en la inscripción registral desde el origen, aun no siendo posible su constancia en el Registro Civil, pues para ello –recordemos– sería necesario que pudiera tener acceso la inscripción del matrimonio, que es la principal, toda vez que la indicación se practica al margen de la misma.

Cabe concluir, además, que la solución contraria conduciría a resultados no razonables y gravemente perjudiciales para la seguridad jurídica en general y la del tráfico en particular, pues negocios jurídicos como los ahora examinados verían imposibilitado su acceso al Registro de la Propiedad, con las perjudiciales consecuencias que de ello se seguiría.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se deniega la anotación preventiva de embargo respecto a una vivienda que aparece inscrita a favor de unos cónyuges de nacionalidad británica sin determinación de cuotas y con sujeción a su régimen económico-matrimonial al no haberse demandado también a la esposa.

RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 2008

1. Una finca aparece inscrita a favor de unos cónyuges de nacionalidad británica. La finca aparece inscrita a favor de los cónyuges sin determinación de cuotas y con sujeción a su régimen económico-matrimonial.

Se presenta en el Registro mandamiento expedido por el Recaudador Municipal ordenando el embargo de la mitad indivisa perteneciente al marido de la finca anteriormente expresada. El Registrador deniega la anotación por entender que debe entablarse el procedimiento no sólo contra el marido, sino también contra la esposa, no siendo suficiente la mera notificación, único trámite realizado con la misma.

El Ayuntamiento recurre alegando que hay que entender que la finca está inscrita pro indiviso por partes iguales entre los cónyuges, por lo que debe anotarse el embargo.

2. No puede entenderse que el marido es titular de una mitad indivisa de la finca pues la inscripción se hace «sin determinación de cuotas». Por ello, en principio, habrán de aplicarse las normas que la legislación aplicable establezca para los bienes comunes del matrimonio (cfr. artículo 9.2 y 3 del Código Civil). En el caso de que no se acrediten las normas aplicables, como ocurre en el caso presente, puede solucionarse el problema dirigiendo la demanda contra ambos cónyuges, único supuesto en el que, si la anotación concluyera con la venta forzosa de la finca, el funcionario correspondiente podría actuar en representación de ambos titulares en caso de rebeldía. En este supuesto, además, la entidad embargante se verá beneficiada, pues se podrá extender el embargo a la totalidad de la finca.

VIVIENDA FAMILIAR

Se deniega la inscripción de la sentencia que atribuía el uso de la vivienda familiar al aparecer el inmueble inscrito a nombre de una tercera persona.

RESOLUCIÓN DE 18 DE ENERO DE 2008

1. Habiéndose presentado en el Registro de la Propiedad mandamiento ordenando la anotación de uso y disfrute de vivienda familiar, la Registradora deniega la pretendida anotación por aparecer la vivienda en cuestión inscrita a favor de persona distinta que no fue parte en el procedimiento.

2. Ciertamente, las exigencias del tracto sucesivo determinan la confirmación de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales; si bien es cierto que los Registradores de la Propiedad, como funcionarios públicos, tienen la obligación de respetar y colaborar en la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no lo es menos que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él ni han intervenido de manera alguna, consideración esta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometan la titularidad inscrita, si no consta que el respectivo titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita tal asiento o haya sido parte en el procedimiento del que dimana; de ahí que en el ámbito de la calificación de los documentos judiciales, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en coherencia plena con estos preceptos constitucionales y legales, incluya los obstáculos que surjan de registro.

3. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que no pueden ser considerados en el recurso los documentos que el Registrador no ha tenido a la vista a la hora de extender la nota de calificación impugnada (artículo 117 del Reglamento Hipotecario).

SUCESIONES

Acreditado en el título sucesorio que la sustituta hereditaria es descendiente del sustituido y como tal llamada a la herencia de la causante, no es necesario acreditar el hecho –negativo– de la inexistencia de otros sustitutos.

RESOLUCIÓN DE 31 DE ENERO DE 2008

1. Se plantea en el presente recurso si debe o no acreditarse –y no sólo a efectos registrales, habida cuenta de la ineludible obligación del Notario por razón de su función de control de legalidad–, la inexistencia de otros legitimarios y sustitutos además de quien, alegando ser la única hija de la causante llamada por ésta a su herencia, otorga la escritura calificada.

2. Esta cuestión ha sido suficientemente esclarecida desde hace tiempo por este Centro Directivo en las resoluciones citadas en los vistos y cuya doctrina debe ahora reiterarse una vez más.

En efecto, es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreto a partir de la Resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa.

Si inicialmente esa doctrina se aplicaba a supuestos en los que junto a la designación nominal de unos herederos existía otra hecha cautelarmente

por circunstancias –la institución, junto con unos hijos específicamente designados, de los demás que en el futuro pudiera tener el testador– pasó igualmente (Resolución de 26 de junio de 1901) a aplicarse al supuesto de designación hecha simplemente por circunstancias –la institución hecha a favor de los hijos de determinada persona–, pero partiendo de la base de que los que concurrían como tales a la partición acreditaban estar incluidos en el llamamiento. Incluso esa doctrina de la innecesariedad de probar hechos negativos llega a mantenerse en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima (Resolución de 3 de marzo de 1912).

Debe concluirse, por tanto, que acreditado en el título sucesorio que la que invoca la condición de sustituta hereditaria es descendiente del sustituido y como tal llamada a la herencia de la causante, no es necesario acreditar el hecho –negativo– de la inexistencia de otros sustitutos (cfr., por todas, las Resoluciones de 8 de mayo de 2001, 21 de mayo de 2003 y 23 de febrero y 13 de diciembre de 2007).

Por lo demás, la referencia que hace el Registrador en su calificación al hecho de que de determinada esquela –incidentalmente, y a otros efectos, testimoniada en el título calificado– resulta la existencia de otra persona llamada a la herencia, no puede calificarse sino de una mera conjetura sobre la que, conforme a los límites de la calificación registral *ex* artículo 18 de la Ley Hipotecaria, no puede fundarse la negativa a inscribir dicho título.

Revista de Derecho de familia

SECCIÓN PRÁCTICA

¿Puede renunciarse al ejercicio de la acción de rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales?

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 la rescisión por lesión de la liquidación está consentida por el Código Civil para reparar agravios económicos sufridos en la partición, no porque existe un vicio en el consentimiento de los que la llevan a cabo: la rescisión presupone actos o negocios jurídicos válidos (artículo 1290).

La acción de rescisión por lesión que tiene su base en lo dispuesto en el artículo 1410 del Código Civil, en relación con el 1074 del mismo texto legal, resulta de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales realizada en el convenio regulador de la separación matrimonial –SSTS de 26 de enero de 1993 y 8 de marzo de 1995– y que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses queridos por las partes, pues se limita a homologarlos después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias, lo que supone que la liquidación del sistema económico-matrimonial existente entre los cónyuges puede ser objeto del convenio regulador de la crisis matrimonial, y que la aprobación judicial no impide la posterior acción de nulidad por vicios del consentimiento o la rescisión por lesión. De este modo, y en armonía con el espíritu favorable a la conservación de las particiones ya hechas, que inspira los preceptos reguladores de las normas de particiones hereditarias, aplicables a la liquidación de la sociedad de gananciales, el único supuesto específicamente normado de posible rescisión es el de lesión en más de una cuarta parte (artículo 1074 del CC), que parte de la existencia de un negocio jurídico válido por reunir todos los requisitos precisos para ello, es decir, sin vicio de consentimiento alguno y condicionada a la acreditación de un error objetivo de valoración.

Hay que reconocer que existen supuestos en los que sin existir ningún vicio en el consentimiento los cónyuges expresamente pactan unas valoraciones que no se ajusten a la realidad y que formalmente implican desajustes importantes entre ambos lotes. Los motivos pueden ser múltiples (favorecer a uno de los cónyuges por la renuncia a una pensión compensatoria, compensar créditos privativos de los cónyuges o de terceras personas, deseo de uno de los cónyuges de favorecer al otro, etc.) En estos casos, siempre queda la duda de si posteriormente el cónyuge que resultó perjudicado en la liquidación va a ejercer en un futuro la acción de rescisión por lesión.

No podemos pensar que dado que se ha firmado la liquidación ante el notario o se ha ratificado ante el juez, el ejercicio de

la acción iría en contra de la doctrina que prohíbe ir en contra de sus propios actos, porque la acción de rescisión por lesión, como ha señalado la jurisprudencia, es una excepción muy cualificada de carácter legal, que es incompatible con aquella doctrina. Si el negocio jurídico válido es susceptible de perder sobrevenidamente su eficacia por lesión, no es razonable sostener en su contra que quien lo celebró va contra sus propios actos al atacarlo por lesión.

¿Cómo podremos evitar que en un futuro se ejercite la acción de rescisión por lesión?

Una posibilidad es la que se analizó en la Sentencia dictada por la Ap de Zamora de fecha 28 de diciembre de 2007. En aquella ocasión los cónyuges después de llevar a cabo el correspondiente inventario y avalúo de los bienes y la liquidación de las deudas gananciales, procedieron a realizar las oportunas adjudicaciones manifestando que «los valores del activo se consideran aproximados y en cualquier caso han sido calculados y pactados por las partes con pleno conocimiento de su alcance jurídico y económico, comprometiéndose firmemente a hacerlos valer donde corresponda, y a no reclamarse en el futuro entre los propios comparecientes, respecto al inventario, avalúo, adjudicaciones, etc., pactados pues son de justicia material», para a continuación y en el exponendo «Décimo» establecer que «ambas partes renuncian de forma expresa a la vía contenciosa, así como también renuncian a pensiones o compensaciones económicas distintas a las mencionadas en el Convenio Regulador».

¿Cuál es el alcance jurídico de los pactos citados en relación a la prosperabilidad o no de la acción de rescisión por lesión?

Como señala la sentencia que hemos mencionado, lo que debe dilucidarse es si existió o no renuncia por parte de la esposa al ejercicio de la acción de rescisión por lesión y en este sentido debemos poner de manifiesto que si bien se ha cuestionado por la doctrina y jurisprudencia si la acción rescisoria puede ser renunciada, la Jurisprudencia ha venido admitiendo la renuncia desde la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 11 de junio de 1957 en la que se manifestaba que la renuncia es válida cuando el interesado al hacerlo conocía todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y la existencia de la lesión, mientras que la doctrina admitía la posibilidad de la renuncia sin conocimiento de la lesión. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1994, en la que se admiten las renuncias que sean claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta, proclama que es lógico entender que se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse en la escritura de partición que nada tienen que reclamarse las partes de la misma con fundamento en que se pactó que «con las adjudicaciones que se les han hecho, se dan por pagados de sus derechos en la extinguida sociedad de gananciales, no teniendo, por tanto, nada que reclamar a este respecto». Se trata, en suma, de una liquidación y partición de la sociedad de gananciales en que se han dado a los bienes y a los lotes un valor convenido; que se ha tenido tiempo de notificarla o enmendarla antes del otorgamiento de la escritura pública, y no se ha hecho, y que los cónyuges la consintieron y firmaron libremente. La sentencia termina indicando que «a estos corolarios no es obstáculo la doctrina de esta Sala sobre las cualidades que deben poseer las renuncias, ya que no puede interpretarse de manera que sólo sean válidas las que se hagan con palabras prácticamente sacramentales. Es posible inferirlas o deducirlas de hechos, actos o conductas que han de llevar rectamente, sin duda alguna, a darles la significación de renuncias».

La posibilidad de que al lado de la renuncia expresa, consistente en la declaración de

voluntad clara y terminante por parte del titular de un derecho o acción respecto de su intención o deseo de no ejercitarlos, la renuncia pueda deducirse de actos o conductas que de modo inequívoco lleven a la afirmación de que ésta ha existido, tal como se mantiene en la Jurisprudencia moderna de forma reiterada, siendo ejemplo de ello la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2006 (Sección 1.ª Sr. O'Callaghan Muñoz) en un supuesto en el que se trata de renuncia de acciones. Esta Sentencia se remite a la de 30 de octubre de 2001 al decir: «si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente, el artículo 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita» y a la de fecha 25 de noviembre de 2002 que dice: «la jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renuncias no se presumen; que han de resultar de manifestaciones expresas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario o indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia».

Aplicando la doctrina jurisprudencial reseñada, la AP de Zamora entendió que las cláusulas contenidas en el Convenio regulador, acordado entre las partes debidamente asesoradas por Letrado y que fue debidamente ratificado a presencia judicial, constituyen una renuncia al ejercicio de la acción que se ejercita, debiendo poner de manifiesto que cláusulas análogas a las contenidas en dicho Convenio regulador han sido estimadas como tal renuncia por otros Tribunales de nuestro país y por el Tribunal Supremo. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de septiembre de 2006 en el que se hace referencia a un supuesto de liquidación del régimen económico-matrimonial en un convenio en el que constaba una relación de bienes, con una valoración, suscrito en un procedimiento de separación de mutuo acuerdo, con intervención de un Letrado, según su declaración testifical, y posteriormente ratificado en un procedimiento judicial, con oportunidad de la parte actora de volver a considerar lo estipulado con cierto tiempo, estima que la cláusula de no reclamación constituye renuncia a la acción de rescisión por lesión por lo que declaró que la acción no podía prosperar. Del mismo modo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 1994, considera que este tipo de cláusulas sí constituyen una renuncia de derechos, pues, en ese caso, en la liquidación y partición se procedió a dar un valor convenido a los bienes, con tiempo de enmendar hasta la firma de la escritura pública, donde se volvió a consentir o la Sentencia citada anteriormente del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2006 en la que se consideraba que la renuncia genérica al ejercicio de acciones en una partición, constituía una renuncia expresa al ejercicio de una acción como la ejercitada en este caso.

En conclusión, que tanto la cláusula contenida al final de las operaciones de liquidación del régimen económico-matrimonial en la que los cónyuges declararon que los valores eran aproximados y que habían sido dados de mutuo acuerdo y con conocimiento de sus consecuencias jurídicas y económicas, renunciando a reclamarse en el futuro en relación con el avalúo, como la contenida en el acuerdo Décimo en el que las partes renunciaban de forma expresa a la vía contenciosa, constituyen la renuncia al ejercicio de la acción que se ejercita, de forma que no puede prosperar la acción de rescisión por lesión.

Casos prácticos

I REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Vigente la sociedad de gananciales, se procedió por los cónyuges a la venta de un inmueble ganancial cuyo importe se abonó en metálico a los cónyuges. Ahora, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la esposa pretende que se incluya en el activo un crédito frente al esposo por el importe actualizado de aquella cantidad. Éste se opone alegando que el dinero se repartió entre ambos el mismo día en que se formalizó la escritura pública de venta. ¿Qué problemas jurídicos plantea esta cuestión?

La carga de la prueba para que un bien o en este caso un crédito de la sociedad frente a uno de los cónyuges se incluya en el activo corresponde al cónyuge que solicita su inclusión. En este caso, habrá que acreditar que el importe de la venta lo retuvo uno solo de los cónyuges y que posteriormente no lo dedicó a atender las cargas de la sociedad de gananciales.

Si el contrato de compraventa se otorgó en presencia de ambos cónyuges y los compradores abonaron el dinero en metálico, ya puede intuirse que será complicado acreditar que fue el esposo el que cobró el dinero y lo retuvo en su poder, básicamente porque en la escritura constará, como es usual, que los vendedores (marido y mujer) han recibido el dinero con anterioridad o que lo reciben en ese acto. Si el pago o parte del mismo se hizo mediante algún documento bancario (cheque, letra, ingreso en cuenta, etc.) será más fácil seguirle la pista. En caso de que se ingresara en una cuenta ganancial, si en el momento de la liquidación ha desaparecido será cuestión de analizar los cargos o reintegros que se han efectuado en la cuenta, para comprobar si ha servido para atender o no cargas de la sociedad de gananciales.

2 PENSIÓN ALIMENTICIA

El padre se encuentra actualmente en el desempleo y ha solicitado la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad. La madre sostiene que la situación de desempleo es provisional y por tanto no concurren los requisitos para la extinción de la pensión. ¿Puede prosperar la tesis del padre?

Tres son las cuestiones que determinarán o no el éxito de la demanda de extinción de la pensión alimenticia. En primer lugar, la situación económica del padre ha estado caracterizada por la inestabilidad laboral alternando períodos de empleo con desempleo. En segundo lugar, si la situación actual se ha prolongado excesivamente en el tiempo. Por último, también será un dato fundamental conocer si, a pesar de estar en el desempleo, percibe algún tipo de ingresos, ya sea procedente de rentas o

patrimonio o por realizar trabajos en la economía sumergida.

3 VIVIENDA FAMILIAR

En el artículo 96 del CC se hace referencia a 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», pero no se menciona si se refiere a los hijos menores de edad o incluye a todos los hijos que no tengan independencia económica.

El criterio mayoritario entre la jurisprudencia es que el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil es aplicable no sólo en los casos en que los hijos son menores de edad o incapacitados, sino también en aquellas otras hipótesis en que, aun siendo mayores de edad, mantienen una situación de convivencia en el seno del hogar, acompañada de falta de autonomía económica.

4 PENSIÓN ALIMENTICIA

En el procedimiento de divorcio, la madre ha solicitado una pensión alimenticia para la hija mayor de edad, oponiéndose a esta petición el padre alegando que ésta se encuentra trabajando en la actualidad. La madre ha reconocido este extremo pero ha alegado –sin acreditarlo en ningún momento– que son ínfimos los ingresos que percibe y que el trabajo es temporal. El Juzgado ha dictado sentencia fijando pensión alimenticia para la hija en base a la falta de constancia de los ingresos de la hija. El padre ya ha anunciado el recurso de apelación. ¿En qué podrá fundamentarse el recurso?

Teniendo en cuenta que la hija es mayor de edad y que por tanto la fijación de alimentos no forma parte de una medida de carácter necesario, la carga de la prueba de que la hija tiene derecho a alimentos corresponde a la madre que es quien, en su nombre, solicita la pensión alimenticia. Por consiguiente, la falta de acreditación de los ingresos que percibe la hija para que el tribunal pueda evaluar si se dan los requisitos para tener derecho a una pensión alimenticia, debe llevar a la no fijación de la pensión alimenticia dentro del procedimiento matrimonial, sin perjuicio de que la hija, ya en procedimiento independiente, inicie un procedimiento de alimentos contra los dos progenitores.

5 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Es criterio reiterado en la jurisprudencia que el juicio verbal que sigue a la comparecencia de inventario de la sociedad de gananciales no puede tener por objeto otras cuestiones distintas a las discrepancias que se pusieron de manifiesto en aquella comparecencia, y por tanto, se rechaza cualquier pretensión de introducir en el juicio verbal nuevos bienes en el activo o deudas en el pasivo. Ahora bien, si por error o ignorancia no se incluyó un bien o una deuda ¿cabe la posibilidad de instar un nuevo procedimiento de adición de bienes o deudas y solicitar la acumulación de procedimientos?

Esta cuestión no está legalmente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Podría pensarse que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 78 de la LEC y que, por tanto, la parte debió solicitar la inclusión del bien o deuda en la comparecencia de inventario, sin embargo,

entendemos que no existirá ningún obstáculo procesal para que interpuesta una demanda de adición a partición ésta pueda sustanciarse sin que se vea afectada por la excepción de litispendencia. No debe olvidarse que el objeto del procedimiento de adición es distinto al anterior toda vez que lo que conformará la litis es si procede o no reconocer la existencia de un bien o una deuda ganancial.

Por tanto, habrá que entender que procederá la acumulación de procedimientos que, dada la especialidad del caso, podrá acordarse antes de celebrarse el juicio verbal de inventario o, incluso, cuando el primer procedimiento se encuentre en la segunda fase de liquidación.

6 GUARDA Y CUSTODIA

El hijo de 14 años tiene que repetir el curso escolar. ¿La falta de rendimiento escolar puede constituirse en una causa para solicitar el cambio de guarda y custodia?

No es posible considerar, como circunstancia objetiva determinante del otorgamiento de la custodia, el hecho relativo al deficiente rendimiento escolar del hijo, lo que puede deberse a múltiples factores, entre ellos la propia situación personal vivida por éste en el proceso de separación. Evidentemente otra cuestión distinta es que pueda imputarse al progenitor custodio un porcentaje de culpa en este fracaso escolar. En estos casos, sí podrá valorarse la conveniencia del cambio de custodia, siempre y cuando el progenitor no custodio pueda acreditar que el cambio en la custodia puede servir para superar la deficiencia escolar de aquél.

7 ADOPCIÓN

Un matrimonio ha solicitado a la entidad pública el inicio de un expediente para obtener el certificado de idoneidad con la finalidad de poder efectuar una adopción internacional. La entidad pública ha denegado la incoación del expediente en base a que los solicitantes no reúnen los requisitos necesarios para la adopción. ¿Qué pueden hacer los solicitantes?

Sin duda, deberá presentar una demanda ante el Juzgado de Familia del domicilio de la entidad pública oponiéndose a la resolución en la que se deniega la tramitación del expediente para la obtención del certificado de idoneidad. La administración está obligada legalmente a tramitar todas las solicitudes sin perjuicio de que si finalmente entiende que los solicitantes no son idóneos así lo acuerde en la oportuna resolución, frente a la que aquéllos podrán oponerse ante el Juzgado de Familia.

8 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La sentencia dictada en el procedimiento de separación otorgó el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijos. Llegado el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la esposa pretende incluir en el pasivo de la sociedad un crédito frente a ésta por el importe del seguro de hogar que ha venido abonando durante los últimos cinco años. ¿Podrá incluirse esta partida en el pasivo o será una carga que debe asumir quien utiliza la vivienda?

El criterio mayoritario entre la jurisprudencia es que esta carga debe ser asumida por los propietarios del inmueble, con independencia de que se haya atribuido sólo a uno de ellos el derecho de uso.

9 PENSIÓN COMPENSATORIA

La esposa ha presentado demanda de divorcio contra el esposo y ha solicitado la fijación de una pensión compensatoria de 500 euros. El esposo, que reconoce que la esposa tiene derecho a la pensión, solicita que se fije en 150 euros en atención a que dentro de dos años pasará a la situación de jubilado y cobrará un 60% de lo que actualmente percibe. ¿Puede atenderse esta petición?

Es criterio reiterado en materia de derecho de familia que las sentencias deben dictarse en base a las circunstancias concurrentes en el momento en el que se tramita el procedimiento entre los cónyuges y no en base a hechos futuros, aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer. En este caso, realmente se ignora qué ingresos tendrá el esposo cuando pase a la situación de jubilado e incluso a qué edad se jubilará, dado que en muchos trabajos se permite la prolongación de la vida laboral más allá de los 65 años.

10 VIVIENDA FAMILIAR

En el año 1995 se dictó sentencia atribuyendo la guarda y custodia de las hijas a la madre y otorgándoles el uso de la vivienda familiar. Actualmente las hijas ya son independientes económicamente y el padre ha solicitado la extinción del derecho de uso. Sin embargo, la madre se opone a la extinción alegando que su interés es el más necesitado de protección y que por tanto debe prorrogarse su estancia en el inmueble. ¿Puede accederse a esta petición?

El derecho regulado en el artículo 96 del Código Civil no tiene, a salvo de otro acuerdo de los cónyuges, un carácter indefinido o vitalicio, en cuanto, siendo el esposo no usuario titular o cotitular del inmueble sede de la vida familiar, el vigente ordenamiento jurídico no permite privarle *sine die* de sus facultades dominicales, en los términos prevenidos en los artículos 348 y siguientes del citado texto legal, ya sea en cuanto al goce del citado bien, ya respecto de una efectiva, que no meramente formal o nominal, liquidación del patrimonio común.

Habiendo alcanzado las hijas independencia económica, el derecho de uso ha perdido el condicionante fáctico bajo el que inicialmente fue sancionado. Por lo cual, y éste es el criterio mayoritario entre la jurisprudencia, no puede ahora pretenderse su mantenimiento sobre la base de ser el interés de la madre merecedor de prioritario amparo, pues dicha esgrimida preferencia ha quedado judicialmente protegida durante el tiempo en que aquélla, en unión de las hijas, ha venido detentando el uso exclusivo y excluyente, no pudiendo ahora invocarse circunstancias que entonces ya existían para desbordar, de modo no permitido, los límites temporales y de prudencia a que el derecho analizado se encuentra ineludiblemente supeditado.

11 PENSIÓN ALIMENTICIA

Aunque el hijo es menor de edad, la realidad es que ya está insertado en el mundo

laboral con contratos en prácticas, por lo que percibe ingresos. El padre pide en el procedimiento de divorcio que se extinga la pensión alimenticia del hijo. ¿Puede accederse a esta petición?

El criterio dominante en la jurisprudencia es que mientras los hijos son menores de edad no puede extinguirse la pensión alimenticia. Ahora bien, en el caso que se plantea la solución jurídica pasa por que la obligación alimenticia quede en suspenso en tanto el hijo disponga de recursos económicos y definitivamente extinguida a partir de su mayoría de edad, sin perjuicio del derecho que a éste pueda asistir en el futuro, en el supuesto de carecer de medios económicos para reclamar.

12 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desde que se disolvió la sociedad de gananciales con la sentencia de separación, el esposo ha venido abonando en solitario los vencimientos del crédito hipotecario, por lo que, llegado el momento de la liquidación, solicita que se incluya en el pasivo un crédito frente a la sociedad por el importe de las cuotas abonadas más los intereses legales desde la fecha en que abonó cada una de las cuotas. ¿Puede admitirse esta tesis?

La actualización a que se refiere el artículo 1398.3.ª del CC no supone el abono de los correspondientes intereses, sino la conservación del poder adquisitivo que tenía dicha cifra básica en el momento, o momentos, de su efectivo desembolso, lo que lleva necesariamente a la aplicación de las variaciones experimentadas en el coste de la vida, según el Índice General de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística.

13 CUESTIONES PROCESALES

Se ha dictado una sentencia de divorcio por los tribunales de la República Dominicana pero no se ha otorgado el correspondiente exequátur. El esposo, que es de nacionalidad española, ha presentado demanda de divorcio ante los tribunales españoles, oponiéndose la esposa –de nacionalidad dominicana– alegando que no procede tramitar el procedimiento de divorcio ya que los cónyuges están divorciados. ¿Qué solución jurídica tiene esta cuestión?

Para que produzca efectos en nuestro país una sentencia de divorcio dictada por un tribunal extranjero es preciso que ésta haya obtenido el correspondiente exequátur, ya que en caso contrario, no existe ningún obstáculo para que los juzgados y tribunales españoles puedan tramitar un procedimiento de divorcio y dictar la correspondiente sentencia.

14 VIVIENDA FAMILIAR

La esposa ha interpuesto una petición de medidas previas y tras la oportuna comparecencia el juzgado ha dictado un auto otorgándole la guarda de los hijos y atribuyéndose el uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico. El padre ha presentado un escrito para retirar una serie de bienes del inmueble respecto de los que sostiene que tienen carácter privativo, la esposa se ha opuesto cuestionando que éstos tengan tal carácter ya que a su entender pertenecen a la sociedad de gananciales. ¿Puede discutirse en la ejecución de las medidas previas qué bienes tienen carácter ganancial o privativo a efectos de que puedan ser retirados por el esposo de la vivienda familiar?

De ningún modo, la determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes sólo puede hacerse en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. En el artículo 103.2.ª del CC únicamente se permite que puede discutirse qué bienes puede retirar el progenitor al que no se le ha atribuido el uso de la vivienda, pero no si éstos o los que quedan en la vivienda tienen carácter ganancial o privativo.

15 PENSIÓN ALIMENTICIA

El hijo ha estado trabajando durante diversos períodos que ha alternado con períodos de paro en los que incluso ha percibido el subsidiario de desempleo. Con motivo del divorcio, la madre, con quien convive aquél, ha solicitado que se fije una pensión alimenticia ya que es intención del hijo continuar los estudios que dejó hace tiempo para iniciarse en la actividad laboral. ¿Se dan los requisitos para el establecimiento de la pensión alimenticia?

Si ha quedado acreditado que el hijo mayor de edad no cursa estudios y ha realizado trabajos habiendo estado incluso períodos cobrando el paro como consecuencia de la previa cotización a la Seguridad Social, no sirve de fundamento para fijar la pensión alimenticia en la litis matrimonial la afirmación, a propósito de las previsiones de futuro de dicho hijo, de reiniciar los estudios que dejó hace tiempo.

16 GUARDA Y CUSTODIA

Aunque inicialmente cada uno de los progenitores solicitó que se le atribuyera la custodia de los hijos, tras la realización de informe psicosocial por el equipo técnico adscrito al Juzgado de Familia, todas las partes, incluido el Ministerio Fiscal y los propios menores, mostraron su conformidad con la custodia compartida. Notificada la sentencia que acuerda tal sistema de custodia la madre interpone recurso de apelación interesando que se le atribuya la custodia exclusiva ya que así se protegerá mejor a los hijos. ¿Cómo puede oponerse el padre a la estimación de este recurso?

Desde el punto de vista formal hay que recordar la reiterada doctrina jurisprudencial, ahora recogida de modo expreso por el artículo 448 de la LEC, que mantiene que la acción procesal y, por lo mismo, todo recurso a la jurisdicción ha de estar sostenido por un fin e interés legítimo y justificado, careciendo, por tanto, de legitimación para recurrir la parte que no viene perjudicada ni gravada por la resolución que se impugna, al estimar ésta sus pretensiones (Sentencias de 21 de junio de 1943, 28 de octubre de 1971, 25 de octubre de 1982, 7 de julio de 1983, 11 de diciembre de 1985 y 1 de febrero de 1990, entre otras muchas). Por tanto, si en la sentencia se estimó la petición que ambos progenitores realizaron en el acta del juicio, la madre carece de legitimación para interponer un recurso de apelación.

En cuanto al fondo, si no se ha acreditado que la conformidad entonces prestada por la madre estuviese afectada por alguno de los vicios invalidantes del consentimiento, en los términos prevenidos en los artículos 1265 y siguientes del Código Civil, no puede ahora entrarse a discutir si la custodia exclusiva es mejor que la compartida.

17 PENSIÓN COMPENSATORIA

En el convenio regulador se reconoció en favor de la esposa el derecho a la pensión compensatoria, incluso para el caso de que ella trabaje, y con independencia de los ingresos que pueda percibir. La esposa comenzó a trabajar y se ha consolidado su acceso al mercado laboral. En base a ello, el esposo solicitó la extinción de la pensión compensatoria. ¿Tendrá éxito dicha pretensión?

El convenio regulador, aprobado judicialmente sin reparo alguno, se enmarca en las previsiones de los artículos 90.e) y 1255 del CC, sobre la base del respeto al principio de autonomía de la voluntad privada, en tanto los pactos, cláusulas y condiciones establecidas no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público,... en consecuencia, ambos cónyuges quedan obligados al cumplimiento de lo estipulado, tanto en virtud del principio consagrado en el artículo 1256 del CC, que veda la posibilidad de dejar la validez y efectividad del contrato al arbitrio y voluntad unilateral de una de las partes, como a consecuencia de elementales postulados de seguridad jurídica y cosa juzgada en que descansa todo procedimiento civil y su final resolución por los Tribunales.

Por tanto, y en principio, el acceso de la esposa a un puesto de trabajo no será motivo para la extinción de la pensión compensatoria, ya que para ello deberá de concurrir, además, alguna otra causa de las previstas en el artículo 101 del CC.

18 VIVIENDA FAMILIAR

El esposo es titular registral de la vivienda familiar que tiene carácter privativo constando en la inscripción registral un derecho de usufructo a favor de su madre ¿Existe algún obstáculo para que pueda otorgarse la atribución del uso a la esposa e hijos?

La respuesta a esta cuestión vendrá determinada por el hecho de que la madre del esposo, al tiempo en que se produce la separación, venga o no ocupando la vivienda de forma efectiva. En el primer caso, siendo ella la titular del derecho de usufructo, la sentencia dictada en un procedimiento matrimonial no podrá privarle del derecho a ocupar la vivienda, y aun cuando no existe ninguna limitación para que se otorgue el uso a la esposa e hijos, la posible problemática en la coexistencia de esposa y suegra en el mismo domicilio ha llevado a la jurisprudencia, sin duda con buen criterio, a no efectuar en estos casos atribución del uso de la vivienda a la esposa e hijos, si bien, se estima adecuado aumentar el importe de la pensión alimenticia a fin de que los hijos puedan tener cubiertas sus necesidades de alojamiento en otro inmueble.

Para el caso de que la madre del esposo no venga utilizando el inmueble, la existencia del usufructo no será obstáculo alguno para la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hijos.

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

Consideraciones jurídicas sobre la compensación económica establecida en el artículo 1438 del Código Civil

JUAN JOSÉ REYES GALLUR

Abogado

En el régimen de separación de bienes nuestro Código Civil establece en el artículo 1438 que a la extinción del citado régimen económico y, por lo general, como consecuencia de un proceso de separación, divorcio o nulidad, a falta de acuerdo el juez señalará una compensación o indemnización a favor del cónyuge que se haya dedicado a las tareas del hogar y que deberá determinarse en la sentencia que se dicte en el proceso matrimonial[1].

Si la colaboración excede del ámbito doméstico (por ejemplo, un esposo ayuda en la profesión o negocio del otro), la doctrina afirma que a este supuesto no regulado se le podrá aplicar por analogía lo preceptuado en el artículo 1438 CC *in fine*.

Las previsiones del artículo 1438 CC están destinadas a corregir los desequilibrios que puede determinar este régimen para el cónyuge carente de actividad laboral que ha centrado su dedicación al cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pasada como una prestación susceptible de cuantificación económica. La regla sobre el trabajo doméstico está inspirada en la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978, sobre igualdad de los cónyuges.

La razón de ser del precepto, no es más que una nueva plasmación de dos principios esenciales en materia de familia, de una parte, el de corregir siempre los perjuicios que para uno de los convivientes ha supuesto la dedicación a la familia y por otra, de igualdad del artículo 14 CE.

Respecto del primero, no parece justo que tras un período de convivencia, uno de los esposos retenga para sí todos los beneficios o incrementos patrimoniales cuando éstos han sido logrados merced en buena medida a la contribución personal del otro progenitor, que posibilitó que aquél los obtuviese al liberarle de parte de las obligaciones personales que le incumbían para con su familia.

1. La STS (Sala Primera) de 24 de noviembre de 1994 declara la inaplicación de la compensación del artículo 1438 CC a las uniones *more uxorio* o de hecho: tales uniones no pueden equiparse al matrimonio en el que rige el régimen de separación de bienes.

Y en cuanto al segundo, como señala la Sentencia de AP de Madrid de 1 de febrero de 2006, el artículo 1438 fue introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, cuya filosofía inspiradora fue la de instaurar un régimen de igualdad entre el marido y la mujer en todos los órdenes, y por tanto, también del familiar, derivando la necesaria igualdad tanto en los derechos como en los deberes, en concordancia con lo prevenido en los artículos 67 y 68 del Código Civil. Por tanto, si uno participa en menor medida que el otro en la necesaria atención a la familia y ello se traduce en un incremento patrimonial relevante, es justo que quien no ha tenido las mismas posibilidades y simultáneamente ha facilitado la plena dedicación laboral, profesional o económica del otro, se resarza mediante una adecuada compensación.

Presupuesto imprescindible para la aplicación del artículo 1438 es la previa contribución en especie del acreedor al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, observándose en el momento de su extinción la concurrencia de un desequilibrio (Sentencias de la AP de Madrid de 1 de febrero de 2006, Vizcaya de 16 septiembre 2005, Toledo de 9 de noviembre de 1999). Sin embargo, la primera dificultad surge al concretar el grado de dedicación a la familia que la norma requiere.

Un sector jurisprudencial se inclina decididamente por una atención directa, exclusiva y excluyente (las AAPP de Madrid y Vizcaya en las sentencias anteriormente citadas), mientras que otras (AP de las Palmas de 30 de junio de 2005, Zaragoza de 20 de mayo de 2005 y Navarra 2 de junio de 2004) hablan de «sobreaportación», exigiendo que la contribución del acreedor haya sido más relevante que la del deudor, bastando con que la de aquél sea mayoritaria. Esta última solución parece más acorde con la *ratio* del precepto, pues la desigualdad que se trata de corregir no sólo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida, de ahí que tengan derecho a la compensación tanto los primeros como los que compatibilizan dicha actividad familiar con otra económica o laboral e, incluso, como destaca la Sentencia de la AP de Córdoba de 6 de febrero de 2004, aun cuando en esa tarea se auxilie de terceras personas a su servicio, «pues no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido, normalmente, está el día entero, ni todos los días».

En principio ese derecho puede ser pactado en las propias capitulaciones matrimoniales, cuestión que suele olvidarse por los letrados cuando aconsejamos a las partes establecerlas[2]. Lo normal es que nada se indique sobre tal compensación, pero creo que no estaría de más que pensando en nuestros clientes, al menos les informemos de que esa compensación existe en el Código Civil y que uno de ellos puede ser acreedor/deudor de ésta.

El artículo 1438 del Código Civil, si bien establece una compensación no confiere ni atribuye el dominio sobre ciertos bienes convirtiendo en comunes los que sean privativos de uno de los cónyuges, tal y como estableció la Sentencia de la AP A Coruña, Sec. 4.ª, de 2 de noviembre de 2002, siguiendo al STS, Sala Primera, de 14 febrero 1989.

2. En una escritura del año 1988 se estableció la siguiente cláusula en unas capitulaciones matrimoniales: **«el trabajo para la casa, del que lo preste será objeto de liquidación, compensación y confusión de derechos al terminarse el régimen económico, al igual que si se tratara de un crédito por trabajo prestado por tercera persona».**

Es además muy importante no perder de vista que la pensión compensatoria y la compensación del artículo 1438 del Código Civil **son dos conceptos jurídicos propios e independientes**[3] y, por consiguiente, compatibles, siendo esclarecedora la sentencia de la AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Antón Blanco), cuando nos dice:

> «Sobre este tipo de compensaciones, dijimos en SAP de Castellón de esta Sec. 2.ª de 22 de octubre de 2002, que a la hora de afrontar una compensación amparada en el artículo 1438 CC debe cuidarse el no incurrir en una duplicidad de prestaciones derivadas de la misma razón de ser, como han puesto de manifiesto diversas resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre el particular (Sentencias de la AP de Murcia de 15 de junio de 1998 y de la Sec. 12.ª de la AP de Barcelona de 23 de febrero de 1998).
>
> Sin embargo, cabe deslindar la compensación prevista en el artículo 97 CC para cualquier régimen económico-matrimonial, de la del artículo 1438 CC prevista para el régimen de separación de bienes, así como las diferentes razones de una y de otra.
>
> Ya la SAP de Toledo, Sec. 1.ª, de 9 de noviembre de 1999 razonaba: Así, pese a que ambos preceptos (artículos 1438 y 97 del Código Civil) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión "dedicación a la familia" es equivalente en términos esenciales a la de "trabaja para el hogar") el fundamento de una y otra es distinto en esencia.
>
> La pensión compensatoria no sólo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia (vigente el régimen económico matrimonial, cualquiera que fuera aquél) sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica.
>
> En este sentido **la pensión compensatoria** se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio y que en definitiva conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo.
>
> En contraposición, **la indemnización** a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial pueda generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente en régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.»

En idéntico sentido la SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 7 de julio de 2001, discurriendo:

> «... la compensación regulada en el artículo 1438 del Código Civil exige que el régimen económico que rige el matrimonio sea el de separación de bienes y que el trabajo que de forma

3. **AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de octubre de 1997, núm. 248/1997, rec. 1026/1997. Pte: Fdo. de la Torre Deza,** «La AP estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado en juicio incidental sobre separación conyugal y acuerda no haber lugar a tener por extinguida la pensión compensatoria en favor de la recurrente, puesto que el desequilibro económico que la separación conyugal supuso para la cónyuge apelante no se ha extinguido, ya que únicamente ha desempeñado trabajos de carácter esporádico y de remuneración escasa; sin que pueda oponerse a ello el hecho alegado por la parte apelada de que al ser el régimen económico-matrimonial el de separación de bienes no habría obligación de conceder la pensión, pues la existencia de dicho régimen, lejos de oponerse a la misma, es uno de los supuestos específicamente contemplados en el artículo 1438 CC para establecer la pensión compensatoria».

exclusiva o mayoritaria realiza uno de ellos sea el de atender a las necesidades propias de la familia y del hogar, trabajo que en el seno de las relaciones familiares no se retribuye, lo que sí sucede –y supone un importante desembolso económico– cuando es una tercera persona la que lo ejecuta (empleada de hogar), y esta dedicación y falta de ingresos, priva o limita las posibilidades de obtener unos ingresos económicos que le permitan formar su patrimonio privativo e incluso acceder con posterioridad al mercado de trabajo, contrariamente a lo que le ocurre al otro consorte, que hace suyos exclusivamente todos los ingresos que obtiene una vez atendida su contribución a las cargas familiares, como determina el artículo 1437 del Código Civil, al indicar que en el régimen de separación cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiere durante el matrimonio por cualquier título.

Y todo ello porque no debemos olvidar que la crianza y educación de los hijos así como el cuidado del hogar implica un gran esfuerzo y dedicación, en mayor medida, si cabe, en los primeros años de vida de los niños. Ante esta coyuntura corresponde a ambos progenitores optar por el sistema que consideren más acertado para hacer frente a ello. Pueden decidir que sean ambos, quienes de forma conjunta e igualitaria realicen tales tareas en su totalidad repartiendo entre ambos el tiempo y el esfuerzo que ello exija, limitando o reduciendo los dos su posible dedicación horaria, de formación y de proyección profesional. Pueden igualmente elegir que en algunas o en todas las tareas indicadas les auxilien terceras personas, con lo que los gastos familiares se verán incrementados de forma notable al tener que sufragar sus salarios, o bien pueden optar por que sea uno de ellos el que asuma las obligaciones materiales que el cuidado, educación de los hijos y demás atenciones de la familia exigen, incluso abandonando su actividad laboral y su correlativa formación y proyección profesional, situación en la que no se le atribuye ninguna retribución.

Cuando se opta por el último de los sistemas, la asunción de tales obligaciones familiares por uno de los progenitores, el otro consorte, se ve liberado en gran medida de ellas, lo que le permite dedicar un mayor tiempo y esfuerzo a su formación, proyección y desarrollo profesional, que a su vez va a redundar en una mejor situación profesional y mayores ingresos que, en gran proporción va a hacer suyos de forma exclusiva, contrariamente a lo ocurre en el régimen de gananciales, en el que el patrimonio que se va acumulando se hace común entre los esposos.»

Es ésta la *ratio* del artículo 1438 CC, la equidad en forma de tratar de resarcir de algún modo el tiempo invertido por uno de los cónyuges en la familia, que no se trasluce en incrementos patrimoniales, mientras que el otro cónyuge sí que se ha dedicado a mejorar un patrimonio que era y va a seguir siendo privativo, cuando resulta que a la hora de la ruptura, quien se vería beneficiado es quien, por la dedicación de su cónyuge a la familia, no interrumpió y pudo continuar en el esfuerzo invertido en su personal patrimonio.

Es más, como estableció la SAP Granada de 3 noviembre 1997, «al no establecer el artículo 1438 CC las bases para determinar la cuantía económica de la indemnización, habrá que acudir a las del artículo 97 CC, en concreto, a la sexta, referente al tiempo de convivencia conyugal, y a la octava, relativa al caudal económico del esposo».

En igual sentido, el TSJ de Cataluña, en la Sentencia de 27 de abril de 2000, establece que no es obstáculo conceder la indemnización por extinción del régimen económico de separación de bienes a favor de la esposa cuando en el procedimiento de divorcio se reconociese a ésta una pensión compensatoria.

Igualmente esclarecedora es la Audiencia Provincial de Almería en Sentencia de 17 de febrero de 2003, en la cual precisamente analiza la diferencia de ambas compensaciones, la

señalada por el artículo 97 del Código Civil y la enunciada por el artículo 1438 del Código Civil, remitiéndose para ello a la Sentencia de 9 de noviembre de 1999 de esa misma sala, y así afirma que

> «nos situamos ante una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, que parece destinada a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que puede determinar este régimen económico especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pasada como una prestación susceptible de cuantificación económica que ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación.
>
> Esta especial naturaleza dota a dicha previsión legislativa de autonomía propia respecto de la denominada "pensión compensatoria" que contempla el artículo 97 del Código Civil. Así, pese a que ambos preceptos (artículos 1438 y 97 del Código Civil) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión "dedicación a la familia" es equivalente en términos esenciales a la de "trabajo para el hogar") **el fundamento de una y otra es distinto** en esencia. **La pensión compensatoria** no solo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia (vigente el régimen económico-matrimonial, cualquiera que fuera aquél) sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica.
>
> En este sentido la pensión compensatoria se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio y que en definitiva conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo.
>
> En contraposición, **la indemnización** a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial pueda generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente en régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.»

Si la colaboración excede del ámbito doméstico (por ejemplo, un esposo ayuda en la profesión o negocio del otro), la doctrina afirma que a este supuesto no regulado se le podrá aplicar por analogía lo preceptuado en el artículo 1438 CC, *in fine*.

A efectos de la compensación o indemnización del artículo 1438 del CC, la desigualdad no se corrige con un simple salario, por lo demás exiguo, sino que necesariamente ha de atender a la situación patrimonial en que se encuentran cada uno de los esposos al finalizar el régimen de separación de bienes, pues es en la comparación de los incrementos patrimoniales operados en cada uno de los esposos en relación con el tiempo e intensidad de la dedicación a la casa cuando puede detectarse esa desigualdad, que necesariamente ha de corregirse mediante la participación de uno en los beneficios del

otro, bien mediante una cuantía determinada[4] o bien mediante una pensión periódica[5].

Como sentencia clarificadora tenemos la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de febrero de 2005, que nos indica:

> «Primero.– El debate litigioso en esta alzada ha quedado centrado en los efectos económicos que la separación matrimonial ha de conllevar, y que la sentencia de instancia concreta en una compensación en favor de la esposa, por importe de 60.000 euros, al amparo del artículo 1438 del Código Civil, y la denegación del derecho de pensión por desequilibrio que, en cuantía de 600 euros al mes, la misma reclamaba.
>
> Y así, la referida litigante, insistiendo ante la Sala en la procedencia de esta última pretensión, en los mismos términos recogidos en el escrito rector del procedimiento, suplica igualmente que aquella compensación se cuantifique en 216.000 euros.
>
> De contrario se interesa del Tribunal la íntegra revocación de este pronunciamiento indemnizatorio, oponiéndose además al reconocimiento, en favor de la Sra. Edurne, del derecho al percibo de una pensión por desequilibrio.
>
> Segundo.– La primera de las cuestiones suscitadas ha de ser analizada a la luz de la doctrina emanada del antedicho artículo 1438 que, dentro del régimen matrimonial de separación de bienes en el ámbito del derecho común, dispone, en su último inciso, que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas del matrimonio y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del antedicho régimen.
>
> Adviértase, al respecto, que el artículo 95 del referido Cuerpo legal, de aplicación a cualquiera de los regímenes económicos de la unión matrimonial, previene, con carácter general y, por ende, sin excepción alguna, que la sentencia firme acordando la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, producirá la disolución del sistema económico que entre los cónyuges venía rigiendo. No puede, por ello, quedar excluido de la referida conclusión jurídica el de separación de bienes.
>
> Por lo cual, y contra lo que afirma la dirección letrada del Sr. Carlos Miguel, **no existe obstáculo procesal de clase alguna para, en la misma sentencia que pone fin al litigio matrimonial, examinar y decidir la procedencia de la citada compensación,** por más que, conforme a fundadas opiniones doctrinales y judiciales, ello pueda igualmente realizarse en la fase de liquidación del régimen económico, pero no necesaria, o exclusivamente, en la misma, dado que tal limitación entraría en abierta contradicción con el precepto objeto de estudio.
>
> En cuanto, en el ámbito de aplicación del derecho común, el régimen matrimonial supletorio, esto es a falta de pacto diferente de las partes en capitulaciones matrimoniales, es el de la sociedad de gananciales, en tanto que, al contrario de lo que acaece en el derecho catalán, el de separación de bienes ha de ser concertado libre y expresamente, la previsión compensatoria que contempla el repetido precepto ha sido duramente criticada desde diversos sectores doctrinales, al considerar que la norma contenida en el mismo es ajena al sistema de que forma parte y al propio fundamento del mismo. Nótese que, al contrario de lo que establece

4. **AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de noviembre de 2006. Pte.: Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva**. «En el descrito contexto económico, en el que el esposo ha obtenido un patrimonio muy superior a los ocho millones de euros, que contrasta abiertamente con el de la esposa, que se ha dedicado principalmente a la familia durante los 15 años que ha estado vigente el régimen de separación de bienes, la Sala estima prudente fijar una compensación de 650.000 euros».

5. **AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de julio de 2006**: Fijación de la compensación del artículo 1438 del CC a razón de 600 euros mensuales por todo el tiempo que la esposa se dedicó con carácter exclusivo a la atención a la casa y familia, cantidad que se considera prudencial y adecuada a las características del trabajo doméstico desempeñado así como a la referencia general que, en buena lógica, pudiera suponer un salario mínimo interprofesional.

el derecho civil catalán (*vid.* artículo 41 del Código de Familia), en el que tal compensación viene condicionada por una desigualdad patrimonial entre los esposos derivada del trabajo de uno de ellos para la casa o para el otro, bajo la idea de un enriquecimiento injusto, el artículo 1438 no contiene en su redacción tales connotaciones de desigualdad, habiéndose eliminado en el texto definitivo la exigencia, que recogía el Proyecto enviado al Congreso, del enriquecimiento de un cónyuge a costa del trabajo del otro para la casa.

En definitiva, la idea que sostiene el polémico precepto es la de la aportación por uno de los cónyuges de su trabajo en el hogar familiar, y que tal dedicación haya sido significativamente más relevante que la del otro esposo que, de tal forma, ha dispuesto de unas mejores, o mayores, oportunidades para su perfeccionamiento y promoción profesional, al tener cubiertas sus necesidades en el hogar por el trabajo de su compañero. Debe igualmente resaltarse que el precepto examinado no exige, en modo alguno, que la realización de las tareas del hogar constituya el exclusivo trabajo que desarrolle el posible acreedor del derecho, por lo que tal actividad se ofrece, a los fines contemplados en el mismo, perfectamente compatible con la realización de un cometido laboral remunerado fuera del hogar, lo que inclusive, y bajo determinados condicionantes, conlleva un mayor fundamento en orden al reconocimiento judicial del derecho, por la enorme exigencia de tal compatibilización, sin relevante ayuda del otro consorte, que así disfruta de unas mejores perspectivas de desarrollo profesional y, por ende, económico.

En el caso que hoy examinamos ha quedado cumplidamente acreditado que, no obstante desempeñar ambos cónyuges, ya desde antes del matrimonio, actividades laborales remuneradas, ha sido la esposa quien, con un horario más reducido y sacrificio de expectativas de mejora profesional, ha estado dedicada de modo prioritario a las tareas del hogar y cuidado de los hijos, pues no obstante tener servicio doméstico por las mañanas, en progresiva reducción de horario a medida que aquéllos se iban haciendo mayores, dedicaba todas las tardes a las antedichas funciones, incluida la ayuda a los comunes descendientes en sus tareas escolares.

... Tal situación encuentra un perfecto encaje en las previsiones del citado artículo 1438 que, en lo que concierne a la cuantía de la compensación...

Por el contrario, la idea fundamental que preside dicha institución jurídica, esto es la dedicación a las tareas del hogar, se erige en el principal factor de cuantificación, sin perjuicio de ponderarse otros, cuales los ya expuestos, de pérdida de expectativas laborales y económicas.

Y con tales condicionantes, esta Sala estima que la suma de 60.000 euros que fija la sentencia de instancia es acorde a la filosofía inspiradora de tal figura, y armoniza, en un justo equilibrio, los diversos intereses puestos en juego a través de la litis.»

A la vista de lo expuesto no podemos olvidar por consiguiente que el trabajo para la casa por uno de los cónyuges, inspirada en la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978, sobre igualdad de los cónyuges, produce sin duda efectos económicos importantes que han de ser tenidos en consideración, tanto en el momento de otorgar las capitulaciones, como cuando se produzca su extinción, y que las previsiones del artículo 1438 del Código Civil están destinadas a corregir precisamente los desequilibrios que puede determinar este régimen, para el cónyuge carente de actividad laboral o no, pero que en su totalidad o en su mayor parte ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pasada como una prestación susceptible de cuantificación económica, y en algunos casos de cuantía o valor muy elevado, por lo que habremos de tener especial cuidado tanto al pactar el régimen de separación de bienes como en su extinción.

Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges)

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada

El derecho de familia plantea numerosas cuestiones y conflictos y, en definitiva, una extensa problemática que se agudiza, últimamente, por lo que respecta a algunos temas, entre ellos, no cabe duda, se encuentra el relativo a las posibles indemnizaciones por daños morales causados por un cónyuge (o ex cónyuge) a otro.

El tema que va a ser objeto de atención y análisis en este artículo es el referido a determinar –e intentar, por fin, establecer– si entre cónyuges –o ex cónyuges– se van a aplicar –y pueden aplicarse– las mismas reglas que en los daños ocasionados a extraños, o bien se tipifican determinados daños, excluyéndose, sin embargo, todos los que no se encuentren en la lista.

Sobre este aspecto, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el artículo 1902 de nuestro Código Civil no contiene ninguna excepción que le impida ser aplicado a cualquier persona que haya ocasionado un daño, un perjuicio y, por supuesto, con mayor razón aun, si cabe, va a suceder en el marco de la responsabilidad civil producida como consecuencia de un delito.

En segundo lugar, hay que resaltar que la tendencia, parece que, hasta cierto punto, natural y lógica, es la de evitar reclamaciones entre parientes, sobre todo en lo referente a daños patrimoniales, estableciendo, en cambio, una serie de supuestos en los que la propia Ley será la que prevea la reclamación pertinente.

Sobre este tema, controvertido, complejo y delicado, va a girar este trabajo, centrándome en el análisis y estudio de una interesante Sentencia dictada hace relativamente poco tiempo.

Tal como ha expresado Encarna Roca Trías[1], desde el punto de vista histórico, en otras latitudes distintas a la nuestra, han tenido bastante claro que no existía responsabilidad civil en el marco del Derecho de Familia, pero ello por razones que, a juicio de esta jurista, no dejan de resultar curiosas, al estar acostumbrada al razonamiento neutro de los países lati-

1. Roca Trías, Encarna: «La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. Juan Antonio Moreno Martínez), ediciones Dykinson, Madrid, 2000.

nos. En este sentido, los anglosajones se ocuparon de argumentar por qué los daños entre cónyuges no existían, a partir del texto del Génesis 2.24, entendiéndose que el principal efecto del matrimonio, en el *Common Law,* era la fusión de las personalidades del hombre y de la mujer, con la pérdida por ésta de su propia personalidad. A partir de aquí, todos los autores citan un texto del conocido jurista del siglo XVII, inglés, Blackstone, que, traducido, viene a decir lo siguiente: «Por el matrimonio, el marido y la mujer son una única persona en el derecho. Así, el ser o la existencia legal de la mujer se suspende durante el matrimonio o, al menos, se incorpora y consolida en el del marido; bajo su ala, su protección y su cobertura, ella lo realiza todo y, por tanto, es llamada en nuestro derecho femina viro co-operta...; y su condición durante el matrimonio es llamada su cobertura. De la aplicación de dicho principio de la unión de las personas del marido y la mujer, dependen casi todos los derechos legales, deberes e incompatibilidades que cada uno de ellos adquiere durante el matrimonio»[2].

El Derecho anglosajón se refiere al *consortium*, como efecto principal del matrimonio, aunque, en la actualidad, se le atribuyen efectos distintos y muy menores a los que las palabras de Blackstone hacen referencia.

Según Prosser[3], cualquier acción entre marido y mujer encontraría al principio la doctrina del *Commmon Law* acerca de la identidad entre ambos. Esta doctrina –tan obsoleta, a mi juicio, cuanto machista y negadora, abiertamente, de la personalidad propia de la mujer– estaba basada en la posición del padre de familia romana y del concepto de la familia como una unidad informal de gobierno que tiene como cabeza visible a la persona más fuerte (¿?), o la propiedad feudal. Por ello, en el common law no existían *torts* entre marido y mujer, tal como el citado autor concluye.

En definitiva, se establecía que ningún cónyuge podía interponer una acción contra el otro, por un *tort* personal u ocasionado a su propiedad (patrimonio), tanto si se hubiera cometido antes como durante el matrimonio. Esta acción se entendió que tampoco podía interponerse después del divorcio. Tengamos en cuenta que el divorcio llegó al Derecho inglés después que se hubiesen establecido estas reglas. La esposa recibía una protección limitada de acuerdo con las reglas del Derecho penal, que no admitió, en todo caso, la teoría de la identidad de la personalidad, excepto en aquellos delitos relativos a la propiedad y que algunos *torts* cometidos entre marido y mujer fueron considerados como causas para accionar la separación o el divorcio.

La situación histórica, no obstante, por lo que respecta al Derecho anglosajón, se modificó bastante en el año 1910, cuando el juez Harlan, en Estados Unidos, rechazó los argumentos que justificaban la impunidad entre marido y mujer. En la actualidad, la Married *Women's Act* admite la acción contra el otro cónyuge por los *torts* causados, sea intencionalmente o por culpa.

En Inglaterra, ha ocurrido algo similar, porque la regla que establecía que no existían daños entre cónyuges –con lo cual se rechazaba, de plano, una posible reclamación e indem-

2. Prosser: *Handbook of the Law of Torts,* Saint Paull, Minnesotta West Publisching, 1971.

3. *Idem: ibidem.*

nización por los posibles daños sufridos– fue cayendo en desuso, siendo, al fin, derogada por la *Law Reform* (*Husband and Wife*), de 1962, que reconoció a cada cónyuge legitimación para interponer acciones contra el otro como si no hubieran estado casados.

Hay que resaltar que, en el marco de las relaciones paternofiliales, la situación no era la misma que ha quedado descrita, ya que, desde antiguo, se admitió la existencia de la personalidad independiente de los hijos, legitimados, por tanto, para adquirir los beneficios de su propiedad, entre los que se incluían las reclamaciones derivadas de daños causados por sus progenitores.

En nuestro país, no se ha discutido este tema, porque, en realidad, nunca ha habido polémica, hasta ahora, sobre éste y no han existido doctrinas que pusieran de relieve los factores más interesantes a tener en cuenta.

Últimamente, ha habido algunas Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, y alguna del Tribunal Supremo, sobre esta cuestión. Voy a destacar ahora la Sentencia, reciente, de la Audiencia Provincial de Valencia, dictada el 5 de septiembre de 2007, por su enorme interés e importancia.

En los Antecedentes de Hecho, se pone de manifiesto que se dictó Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, con el Fallo siguiente: estimar parcialmente la demanda interpuesta, condenado al demandado a hacer pago al demandante de la suma de 100.000 euros (con los intereses legales correspondientes). Se le absolvía de los demás pedimentos deducidos en su contra.

Contra esta Sentencia antedicha, se interpuso, por la representación de la parte demandada, recurso de apelación.

El recurso se formula por la parte demandada contra la Sentencia que, en parte, estimó la demanda de juicio ordinario instada en reclamación de cantidad por los daños morales, derivados de la situación de depresión, ansiedad y otras dolencias físicas que el actor sufrió al descubrir que el último hijo que tuvo constante matrimonio no era suyo, con una sensación de pérdida asimilable a la muerte de éste.

El recurso se funda en que tal resolución incurrió en una errónea valoración de las pruebas y en la aplicación del derecho, razonando que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime en la no concesión de indemnización alguna derivada de la infidelidad conyugal, ni por la vía del artículo 1902 del Código Civil, regulador de la responsabilidad extracontractual, ni tampoco por la vía del artículo 1101 del citado corpus legal, regulador de la responsabilidad contractual.

Razona la recurrente que, aun de aplicar estas normas citadas, por su parte no existió ni dolo ni la negligencia que exigen, al no haber conocimiento ni ocultación de la no paternidad de su esposo en relación con su tercer hijo hasta que, en febrero de 2005, se manifestaron las dudas por su esposo en el transcurso del proceso de separación instado tras el verano de 2004 y, a instancias del esposo, se hicieron las pruebas biológicas que así lo confirmaron, siendo los únicos que alegaron ese conocimiento previo los testigos tachados por su parte.

NO se probó, por las periciales médicas de contrario, que la depresión, ansiedad y demás enfermedades físicas en las que se basa la indemnización objeto de la demanda, sean por el hecho citado –el desconocimiento de no ser el progenitor del que pensaba era su hijo–, ni su existencia, al no haber habido baja laboral y, en todo caso, la Sentencia afirma que la suma solicitada era desproporcionada.

Centrémonos ahora en los Hechos, que son realmente interesantes a la hora de hacer una crítica y valoración de la litis.

La demandada contrajo matrimonio con el actor y tuvo su tercer hijo el 18 de febrero de 2004, fruto de las relaciones extramatrimoniales que mantuvo con D., pero inscribió al hijo en el Registro Civil como hijo de su esposo.

La situación matrimonial de los cónyuges –hoy, partes en el proceso–, ya antes del embarazo estaba deteriorada, yendo a peor por las sospechas del actor de esas relaciones y de sus dudas sobre esa paternidad. Los cónyuges, efectivamente, habían pasado el verano de 2004 separados y el proceso de separación judicial se había instado por la esposa, suscribiéndose escritura pública de compraventa de la vivienda conyugal.

El padre biológico del tercer hijo no negó su relación con la demandada, sino que incluso manifestó su deseo de vivir con ella.

La Sentencia de separación se dictó el 4 de febrero de 2005 y, en este proceso, ya el actor manifestó sus dudas sobre su paternidad sobre el tercer hijo, pese a lo cual se fijaron alimentos a favor del mismo, habiendo instando las pruebas de paternidad correspondientes en el mes de enero anterior, a raíz de cuyo resultado negativo y de la Sentencia dictada el 23 de noviembre de 2005 en otro proceso de impugnación de la paternidad, al que la demandada se allanó, se le devolvieron aquéllos.

En diciembre de 2004, el actor siguió tratamiento psicológico por ansiedad, depresión, trastornos del sueño, cuadro gástrico con brote ulceroso y prurito en tronco y extremidades, patologías que requirieron de tratamiento con diversos fármacos (Tranquimazin, Atarax y Omeprazol). Estas patologías persistieron como tales durante el siguiente año y el inicio del 2006, con altibajos de mejoría y empeoramiento y derivadas, según informes de los peritos, como también ratificaron en sus declaraciones, con examen del paciente frente al aportado de contrario que no lo hizo y las niega, del duelo de pérdida de un hijo, duelo del que nunca se recuperará del todo, por las dudas previas al respecto de su paternidad y por la ruptura matrimonial, aunque por ellas no haya estado de baja laboral.

La Audiencia se remite, llegados a este punto, al criterio de la Sentencia de 2 de noviembre de 2004, citada en la demanda y dictada en un supuesto similar, en el sentido de afirmar claramente que la infidelidad conyugal no es indemnizable, pero sí que lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultación de esta circunstancia al otro cónyuge –al presunto progenitor–. En este sentido, distingue la Audiencia diversos factores a tener en consideración: el primero de estos factores es la infidelidad conyugal, respecto de la que hay que acoger, en plenitud, los razonamientos de la Sentencia de Instancia y, ya en concreto, acoger la doctrina emanada de las Sentencias –cruciales en este extremo– del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999, en las que se tuvo en cuenta que el daño moral gene-

rado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro –en este supuesto, de la esposa– no era susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal.

El segundo factor está referido a la procreación de los hijos, tres hijos. En este extremo, la Sentencia comparte el criterio del Juzgador de Instancia en relación con la negligencia de los demandados en sus relaciones íntimas, no estimando que actuaran de forma dolosa o intencional para generar un daño al demandante, al engendrar los tres hijos.

La esposa invocó que usaban anticonceptivos y desconocían su ineficacia. Este extremo es rechazado por la Sala, porque el primero de los hijos que concibieron la esposa sabía que no era del marido y que, en consecuencia, los medios anticonceptivos utilizados no eran seguros.

La tercera faceta está referida a la ocultación al esposo de la paternidad y la atribución de ésta al amante de la esposa. La Sala estimó que la conducta de los demandados era dolosa, suponiendo incluso un plus en el elemento subjetivo del hecho enjuiciado, citando en este punto a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2002.

Cita la Sala una Sentencia muy importante, la primera de las que abren el precedente jurisprudencial, que es la dictada por nuestro Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999, interpretándola *a sensu contrario,* afirmando que «no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la esposa, lo que permite concluir que sí sería aplicable el artículo 1902 del Código Civil, y procedería reparar el daño causado si se acreditara una actuación dolosa.

Progresivamente, en efecto, pero tímidamente también y, quizás con ciertas cautelas, tanto la doctrina como la Jurisprudencia han ido estableciendo unas excepciones a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales y, entre tales excepciones, se puede destacar la exclusión de los daños dolosos.

En este sentido, cabe aludir al Tribunal Supremo de Alemania, que reconoció, excepcionalmente el derecho a ser indemnizado por causación dolosa de daños contra *bonos mores,* siempre que el adulterio fuera acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el supuesto en que se haya engañado al marido sobre su paternidad, estimando que se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a la reparación del daño causado.

La Sentencia, en relación con el supuesto planteado, estimó que, si bien los demandados no buscaron la procreación a propósito de los tres hijos habidos, pero sí conocieron, desde el primer momento, que éstos eran hijos no del esposo de la demandada, sino de su amante. Esta conclusión lleva a considerar las actuaciones subsiguientes de la esposa. La primera actuación, además de la ocultación de la paternidad, fue la de permitir que los hijos se inscribieran en el Registro Civil como sus hijos, es decir, hijos del matrimonio, y que pasaran a formar parte de la familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitió con los tres hijos habidos y que mantuvo desde 1998 hasta octubre de 2002. En este actuar consciente de la esposa –respaldada por el padre biológico de los hijos–

es donde radica el dolo de los demandados, que ha generado, al romperse el vínculo afectivo que nació entre los menores y el esposo de la demandada –presunto progenitor de éstos– el propio de una relación paternofilial y, por tanto, un daño moral que ha de ser resarcido.

La esposa demandada y su amante alegaron que, desde un punto de vista meramente formal y objetivo, tan sólo se había destruido la presunción de paternidad, o la apariencia de esa paternidad biológica, pudiendo subsistir la afectiva. Pero no se puede prescindir, ni mucho menos, del normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales, ni, como mera hipótesis, podría sostenerse que se pudieran mantener, sin alteración alguna, las relaciones del presunto padre –que no lo es– con los menores. La realidad, por el contrario, lleva a una conclusión opuesta.

Un factor a tener en cuenta, asimismo, es el relativo al impacto emocional en los hijos menores de edad, impacto que ha generado la situación citada, por lo que, sólo hipotéticamente, podría sostenerse que se mantuvieran, sin alteración alguna, las relaciones del presunto padre –que no lo es– con aquéllos.

La Sala estima que los demandados actuaron de forma negligente en la concepción del hijo y dolosa, además, en su ocultación al actor. El posterior conocimiento de la verdad ha sido el desencadenante de un daño al actor que debe ser resarcido, estimándose adecuado valorar el daño moral que ha sufrido, a los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante puede enmarcarse en dicho concepto de daño moral.

A mi juicio, no cabe dudar del alcance de ese daño moral sufrido por el que creía ser padre biológico, pero no lo era, de ese menor de edad, al que trató y educó, formó y alimentó como si fuera suyo.

Hubo negligencia en la procreación del hijo por parte de la demandada –madre de éste– y dolo al ocultar al actor, y entonces esposo – su no paternidad, lo que conocía, según los citados testimonios, y, sobre todo, al permitir ese conocimiento, inscribiéndole como propio en el Registro, fijándole alimentos en la tramitación de la separación matrimonial, tanto en primera como en segunda instancia, y pese a que el esposo había tramitado un proceso de impugnación de la paternidad.

A la vista de todo ello, procede, a mi juicio, la indemnización al ex esposo y presunto padre, y, desde luego, por el concepto de daños morales sufridos como consecuencia de una situación tan engañosa para él.

La Sentencia se refiere a la dictada por el Tribunal Supremo en fecha 2 de noviembre de 2004, que señaló: «... estimamos adecuado realizar un examen sobre la consideración del daño moral, a los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante puede encuadrarse en dicho concepto. Sobre esta materia consideramos necesario hacer hincapié en la doctrina emanada del Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, en la que se indica: "Nuestro Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de 'todos' y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo –que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil– la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las

antiguas Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido...”»

En este punto, la Sentencia cita, a su vez, las Sentencias de 3 de junio de 1991, 3 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 19 de octubre de 2000. Lo que se trata, en definitiva, no es llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino contribuir, de alguna manera, a paliar o sobrellevar el dolor y la angustia de las personas perjudicadas por la actuación injusta, abusiva o ilegal de otra, en este supuesto del cónyuge y del amante de éste.

La Sentencia de 22 de febrero de 2001 analizó el daño moral afirmando que éste se sustantiviza para referirlo al dolor inferido, sufrimiento, desazón, tristeza e inquietud que afecta a la persona que los padece.

En el mismo sentido, explica la citada Sentencia que integra el daño moral cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre, que se dan entre personas allegadas, fundamentalmente, por vínculos parentales, cuando, a consecuencia del hecho ilícito, se ve una de ella privada temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones o por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa, y demás parientes, o, a veces, incluso por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudoparentales.

Me interesa destacar, ahora, un aspecto que estimo que no ha sido debidamente estudiado hasta ahora por nuestra doctrina: es el referido a los daños morales que sufren los menores de edad en el supuesto que venimos analizando, es decir, cuando no sólo el que era tenido como progenitor o padre biológico descubre que no lo es y, a un tiempo, los menores descubren que la persona que ellos creían que era su padre no lo es. Es decir; desde mi punto de vista, el Ordenamiento Jurídico se enfrenta aquí, en estos supuestos, con dos daños diferentes: el daño sufrido por el que se creía progenitor, y no lo es, y el daño sufrido por los menores, que se creían hijos de la persona que, como tal, era tenida, porque les crió, cuidó y educó, además de alimentarlos. Son dos tipos de daños, muy diferenciados, pero, al fin y al cabo, son daños morales que han de ser indemnizados. El hijo o hijos menores ha/han sufrido un engaño también y, aunque nunca se dice nada a este respecto, me parece obvio que la existencia de ese daño moral es indiscutible. ¿Cómo se indemnizaría el daño al hijo o hijos? Creo que es ésta una cuestión muy interesante y a la que el Derecho aún no ha dado respuesta.

En el supuesto resuelto por la Sentencia que estoy analizando, se estimó, efectivamente, que había quedado probado fehacientemente, a través, asimismo, de los Informes oportunos, el padecimiento que el demandante había sufrido, como consecuencia del conocimiento de la no paternidad de los tres menores a los que él creía sus hijos y, como tales, les trataba, y la pérdida de su contacto y de los lazos afectivos que mantenía con ellos, lo cual, según Informe de los facultativos que depusieron, generó un sufrimiento que puede incluso

ser superior al de la muerte de los menores, al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida.

El daño moral, que genera una indemnización, ha de ser probado por quien lo reclama y ello por mor del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, cuando emane de un daño material, según estableció la Sentencia de 19 de octubre de 1996, o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), o cuando se dé una situación de notoriedad, según las Sentencias de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000. En estos últimos supuestos enunciados, no será exigible una concreta actividad probatoria.

En el supuesto concreto objeto de estudio, los trastornos físicos y psíquicos que el actor padeció no le produjeron baja laboral, pero pudieron obedecer no sólo al duelo de pérdida de un hijo –yo diría mejor a la ausencia de ese duelo, precisamente–, de lo que nunca se recuperará, sino a otros factores, como el cambio de su cargo político como concejal a profesor de secundaria, su separación, su proceso de divorcio y de nulidad eclesiástica, la asignación de domicilio conyugal a su esposa, y todo ello enmarcado en el ámbito de sus fuertes creencias religiosas. Su situación depresiva derivó del dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón e inquietud, todo ello le ocasionó, no cabe ninguna duda, un daño moral, notorio, desde luego, que hay que resarcir.

La Sentencia, no obstante, redujo significativamente la cuantía de la indemnización solicitada, en aras del escaso tiempo de convivencia del actor con el menor y su convicción, desde prácticamente el nacimiento, de que no era hijo biológico suyo, y la no excesiva duración de todo el proceso que tuvo lugar hasta que, por fin, tuvo la certeza de ello. El menor nació en febrero de 2004 y un año más tarde el actor supo que no era su hijo biológico.

Examinada esta Sentencia, voy a considerar ahora la doctrina jurisprudencial mantenida en nuestro país en relación con este controvertido y delicado tema.

Como ya sabemos fueron dos Sentencias, las dos resoluciones dictadas por nuestro Tribunal Supremo, en fechas cronológicamente casi idénticas, 22 y 30 de julio de 1999, las que situaron esta problemática en el punto de mira. En ambos casos, efectivamente, se trataba de maridos que habían tenido hijos de su matrimonio, se habían separado, con posterior nulidad o divorcio; después de la solución de la crisis matrimonial, descubren, al haber interpuesto sendas impugnaciones exitosas de la paternidad, que uno de los hijos del matrimonio no es su hijo biológico.

Hay que tener en cuenta, como no podía ser menos, que los frustrados padres habían contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio, entre las que se encontraban los alimentos pagados no sólo mientras duró la convivencia, sino incluso después de la separación, a personas –menores– que no eran hijos suyos biológicos. Ambos maridos, en sus respectivas demandas, habían solicitado la indemnización correspondiente.

En la Sentencia de 22 de julio de 1999, el demandante alegaba que el pago de las pensiones alimenticias efectuado a quien resultó no ser su hijo biológico había enriquecido

el patrimonio de la madre, porque, de no haber sido considerado como hijo matrimonial, hubiera sido la progenitora la persona que debería haber pagado las cantidades correspondientes, añadiéndose a esto el daño moral sufrido por el demandante, al creerse padre biológico de un hijo que no lo era.

La Sentencia argumentó negativamente en lo que respecta al derecho pretendido por el demandante a la indemnización, pero se basó en cuestiones de hecho: la primera cuestión, que la esposa tampoco conoció, hasta que se interpuso la reclamación, que el hijo no era de su marido. De ahí concluyó en que no se estaba ante una situación dolosa que le obligara a indemnizar, por lo que el Tribunal Supremo concluyó afirmando que «los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esta aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como queda razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento de la señora C.»

NO tuvo en cuenta este razonamiento que el artículo 1902 del Código Civil se refiere «al que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.»

Que la esposa incurrió, en este supuesto, en culpa o, al menos, en negligencia, parece evidente.

La otra Sentencia, dictada el 30 de julio de 1999, se fundamentó en unos hechos semejantes, aunque no exactamente coincidentes. En este supuesto, la esposa fue la que impugnó la paternidad de los dos hijos del matrimonio, después de haberse producido la crisis matrimonial, declarándose progenitor de los menores a un tercero. El marido interpuso una demanda en concepto de daños patrimoniales y morales, argumentando, en el recurso de casación, que la violación del deber de fidelidad comportaba un resarcimiento y, como este deber es una consecuencia del contrato matrimonial, debería aplicarse el artículo 1101 del Código Civil. Esta vez se reclamaba una indemnización en función de una responsabilidad contractual –y no extracontractual, como en la Sentencia anteriormente citada–.

El Tribunal Supremo, en esta ocasión, se pronunció de forma contundente: «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en el artículo 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo, es posible comprenderlos dentro del caso de la pensión compensatoria ... e igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen contractuales estos deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario obligaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar».

Como ha puesto de relieve Encarna Roca i Trías[4], las dos Sentencias del Supremo tienen unas características comunes, pero también unas notables discrepancias.

En la primera Sentencia, el argumento que sirvió para construir el recurso de casación fue la mala fe de la esposa, que no quedó suficientemente probada, rechazándose, en función de ello, la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, en relación con la obligación de reparar el daño causado (al esposo y no progenitor). Sin embargo, hay que recordar que el citado precepto no exige el dolo para la imposición de la obligación indemnizatoria. Ni tan sólo la culpa se considera un elemento esencial para imponer al causante del daño dicha obligación de reparar, en cuanto la culpa se configura como título de imputación.

El argumento del Tribunal Supremo, al excluir el resarcimiento por la no concurrencia de dolo, es ciertamente débil, a no ser, como afirma esta jurista, que hubiera considerado que, teniendo en cuenta que el supuesto por el que se reclamaba la indemnización quedaba inserto en las relaciones familiares a las que no se aplica, sin más, el artículo 1902 del Código Civil, lo que hubiera requerido de un plus, como el dolo. El argumento, en cualquier caso, hubiera sido discutible, si bien tendría un peso mayor.

El argumento, por su parte, de la segunda Sentencia citada, se ajusta plenamente al marco en el que se desenvuelven las relaciones familiares. El Tribunal Supremo separa claramente determinados incumplimientos de los deberes del matrimonio, como el deber de fidelidad, por ejemplo, de la indemnización propiamente dicha. Es decir; el incumplimiento del deber de fidelidad de uno de los cónyuges no va a constituir un supuesto de responsabilidad contractual, según el recurso de casación. Antes, la transgresión de este deber de fidelidad era causal de separación conyugal; hoy en día, el elenco de causales desapareció de nuestro Código Civil (en el año 2005).

Desde mi punto de vista, estas dos últimas Sentencias citadas ponen de manifiesto, con bastante claridad, que nuestra Jurisprudencia temía que se produjera un desbordamiento de reclamaciones indemnizatorias por parte de uno de los esposos, dentro del marco de la relación familiar. De ahí que, ante este temor, ciertamente justificado, se dictaran estas dos resoluciones, denegatoria, la primera, de la responsabilidad en función de la no existencia de dolo en la esposa demandada, y, por lo que respecta a la segunda resolución, denegatoria también, pero en base al rechazo del artículo 1101 de nuestro Código Civil en el seno de las relaciones entre cónyuges (o ex cónyuges).

Es decir; ambas Sentencias llegan a similares conclusiones, pero circulando por razonamientos diversos. Son, en definitiva, Sentencias duras para los intereses del recurrente, pero espero que, de cara al futuro próximo, nuestra Jurisprudencia y, a un tiempo, nuestra doctrina más autorizada, vayan reconociendo que es justo indemnizar a uno de los cónyuges –o ex cónyuges– cuando, en la creencia, errónea, de que un hijo –o hijos– era suyo, ha contribuido a su sustento, educación y formación integral.

No hay que recurrir, como ya ha quedado analizado, a la invocación de la mala fe de uno de los cónyuges. Tampoco es preciso invocar el artículo 1101 del Código Civil.

4. Roca Trías, Encarna: obra citada en nota 1.

Estimo que basta con la concreción de unos gastos realizados en aras de la alimentación, educación y formación del menor (o menores), en aras de una paternidad biológica que, en definitiva, no es tal, al ser otra persona el padre biológico. Hay que tener en cuenta que las relaciones familiares no tienen por qué ser causa de impunidad.

Revista de Derecho de familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,5
1998	5,5
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4
2006	4
2007	5
2008	5,50

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2008

20 euros/día o 600 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1983	13,6	13,3	12,8	12,9	11,8	11,3	10,3	11,0	11,8	12,2	13,0	12,2
1984	12,1	11,9	12,2	11,2	11,3	11,4	12,7	12,0	11,4	10,5	10,0	9,0
1985	9,4	9,7	9,5	10,2	9,9	8,9	7,9	7,3	8,3	8,2	8,5	8,2
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7
2002	3,1	3,1	3,1	3,6	3,6	3,4	3,4	3,6	3,5	4,0	3,9	4,0
2003	3,7	3,8	3,7	3,1	2,7	2,7	2,8	3,0	2,9	2,6	2,8	2,6
2004	2,3	2,1	2,1	2,7	3,4	3,5	3,4	3,3	3,2	3,6	3,5	3,2
2005	3,1	3,3	3,4	3,5	3,1	3,1	3,3	3,3	3,7	3,5	3,4	3,7
2006	4,2	4,0	3,9	3,9	4,0	3,9	4,0	3,7	2,9	2,5	2,6	2,7
2007	2,4	2,4	2,5	2,4	2,3	2,4	2,2	2,2	2,7	3,6	4,1	4,2
2008	4,3	4,4	4,5	4,2	4,6	5,0						

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS (CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

El artículo 156 del Código Civil establece en el párrafo 2º que el Juez atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre, en aquellos casos que contempla, sin ulterior recurso.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de enero de 2008.

La actuación unilateral de uno de los progenitores cambiando de colegio al menor, no justificada por razones de urgencia, no puede merecer favorable acogida, por lo que debe revocarse el auto dictado por el Juzgado. No obstante, no puede ser ajeno el Tribunal al hecho de que dado el tiempo transcurrido y la permanencia de la niña en el centro, un traslado a mitad de curso escolar probablemente perjudicaría no sólo su rendimiento académico, sino su entorno social, por lo que se pospone la ejecutividad de la medida a la finalización del curso, esperando que los padres sean capaces de alcanzar un acuerdo que efectivamente será favorable a la menor.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 17 de enero de 2008.

El padre interpuso demanda de ejecución solicitando que se requiriese a la madre para que manifestase el domicilio de los hijos menores del matrimonio y el Juzgado deniega el despacho de ejecución en base a que «la ejecución que se solicita no es conforme al contenido del título ejecutivo», sin embargo la Audiencia Provincial revoca el auto y acuerda que se admita a trámite.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 15 de enero de 2008.

Suspensión de la patria potestad tanto a la madre –presunta autora de las agresiones a su hijo menor de edad– como al padre, ya que si bien éste no ha participado en concepto de autor, tuvo conocimiento de las lesiones sin hacer nada para evitarlas.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 19 de diciembre de 2007.

Se inadmite la demanda de ejecución de sentencia en la que el padre solicitaba que se requiriese a la madre para que de forma inmediata modifique el régimen de internado de los menores en el colegio pasando a régimen externo, habida cuenta que, respecto a esta cuestión, nada se indicaba en la sentencia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 12 de diciembre de 2007.

GUARDA Y CUSTODIA

El motivo para no conceder la custodia compartida no es la cojera del padre, sino la falta de comunicación entre los progenitores, que se ha agravado con la litigiosidad judicial. No obstante, los hijos pasarán con el padre dos días (uno de ellos con pernocta) durante la semana y las visitas de fines semana comenzarán el viernes desde la salida del colegio hasta el lunes por la mañana. La Audiencia Provincial llamó la atención sobre la sobreexploración de los hijos y la ineficacia de las pruebas periciales de parte.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2008.

No se deniega la custodia a la madre por el hecho de haber sido prostituta –hecho reconocido por ella misma– sino por la circunstancia de que ese trabajo y los viajes que implicaba llevaron a la despreocupación en la atención de su hijo que, según declaró testificalmente la cuidadora del hijo, era realizada de manera mucho más eficaz por el padre.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 30 de enero de 2008.

La situación más beneficiosa para las menores es la custodia de la madre, para no separar a las cuatro hermanas, la mayor de las cuales, cercana a la mayoría de edad, ya vive por su decisión con aquélla y, asimismo, para que pueda normalizarse la relación de las hijas con la madre, cuya presencia sienten que necesitan, contacto que el padre ha obstaculizado o impedido durante el tiempo transcurrido desde la crisis matrimonial, ocupándose realmente de su cuidado los abuelos paternos.
AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de enero de 2008.

En el entorno paterno, las menores pueden recibir una mayor atención, una mayor disciplina y al tiempo una vivencia más cálida de unidad familiar, lo que no ocurre en el entorno materno, bien sea por las propias características de la madre y la existencia de una cierta inestabilidad en sus relaciones de pareja, bien por sus circunstancias laborales.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de enero de 2008.

Atribución de la custodia a la abuela materna al estar los menores conviviendo con ella desde el mes de marzo de 2003, fecha en la que se hizo cargo de los mismos al encontrarse en situación de grave riesgo. No queda garantizado con el padre la existencia de un espacio o domicilio que resulte adecuado para los niños y que les ofrezca la estabilidad que necesitan.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de enero de 2008.

No procede modificar la custodia de los hijos, habida cuenta que aunque la madre comenzó a convivir con su nueva pareja en otro domicilio no estamos ante un hecho novedoso, pues de lo actuado se desprende que por razones laborales de ambos cónyuges ya la hija menor del matrimonio permaneció desde su nacimiento en el domicilio de su abuela, donde ella y su hermano hacían prácticamente su vida, sin perjuicio de la debida atención prestada a los menores por sus padres. Concurre la circunstancia de que dicha situación era prácticamente la que acontecía tras la separación de hecho del matrimonio y así fue aceptada por ambos al tiempo de la separación legal.
AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de enero de 2008.

Lo que se ha acreditado en autos pone de relieve las deficientes capacidades educativas de la madre, como la impuntualidad y falta de asistencia injustificada de la menor al centro escolar y la irregularidad en el seguimiento de tratamientos psicológicos que requiere la niña. En tales circunstancias, y después de producirse reiterados incumplimientos en el régimen de comunicación entre padre e hija, la medida procedente es el cambio de custodia.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 8 de enero de 2008.

No se evidencia que el cuidado cotidiano de los menores encomendado a la madre haya sido realizado de forma inadecuada, de manera que no se ha probado, en los términos del artículo 217 de la LEC, que dicha medida suponga un peligro o riesgo para la evolución y formación de los hijos comunes, no estimando conveniente un cambio como el que se pretende, disponiendo la Sentencia que se someta a ambos progenitores a la intervención y apoyo terapéutico adecuado que les ayude a superar las consecuencias del conflicto conyugal, a establecer una relación normalizada con sus hijos sin involucrarles en sus desavenencias y conflictos y a fijar unas pautas educativas comunes con sus hijos.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de enero de 2008.

RÉGIMEN DE VISITAS

Es cierto que el padre vive en un loft, afirmando éste en el interrogatorio que tiene dos plantas sin pared, pero sus características no son inconciliables con un respecto a la intimidad de la hija.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2008.

Teniendo en cuenta que el régimen de visitas establecido en la sentencia que nos ocupa es progresivo, estando subordinada la progresión a la inexistencia de informes negativos, y que se acompaña de tres cautelas: recogidas y entregas en punto de encuentro, prestación de apoyo psicológico al menor y seguimiento de la evolución de la problemática alcohólica del demandado, la petición de no fijación del régimen de visitas debe ser desestimada.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de marzo de 2008.

Imposibilidad de fijar un régimen de visitas en favor de personas que han realizado actos que directa o indirectamente afectan de modo grave a la nieta sobre la cual solicitan visitas. No se ha tratado, como se dice en el recurso, de unas simples diferencias, sino de una serie de acciones de toda clase, tanto civiles como penales.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de enero de 2008.

Los documentos remitidos por el Ayuntamiento evidencian la grave situación padecida por los familiares que convivían con el padre, al haber sufrido su conducta violenta, con continuos malos tratos físicos y psíquicos que han obligado a las autoridades competentes a adoptar medidas para su protección. Resulta aconsejable suspender el régimen de visitas establecido en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil, sin perjuicio de que más adelante, si las circunstancias lo aconsejan, pueda reanudarse la comunicación entre padre e hija.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de enero de 2008.

El demandado era consumidor de sustancias estupefacientes y mientras no se acredite que ha superado su adicción, no procede ampliar el reducido régimen de visitas porque la toxicomanía incide en mayor o menor medida sobre la capacidad cognoscitiva y, sobre todo, volitiva del individuo.
AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de enero de 2008.

Pese a las conclusiones que se vierten en el informe en el que se aconseja que no se fije régimen de visitas del padre al hijo menor hasta que no se solvente el proceso penal pendiente, entiende esta Sala que esta espera puede provocar la definitiva frustración de cualquier trato entre el padre y el menor, las visitas deben realizarse de forma totalmente controlada y supervisada, como se acordó en su día en el Auto de Medidas Provisionales, con la intervención del Punto de Encuentro de esta ciudad.
AP Las Palmas, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de enero de 2008.

Dado que el progenitor que no ostenta la guarda y custodia reside en la Península es absolutamente inviable el régimen de visitas establecido en la sentencia consistente en «tres días al mes durante dos horas», y se estima más adecuado fijar el de un fin de semana al mes de la siguiente forma: una hora el viernes, dos horas el sábado y dos horas el domingo, en el Punto de Encuentro Familiar del Cabildo de Gran Canaria.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de enero de 2008.

Se desestima la petición efectuada por la madre en cuanto a que las visitas se realicen en Madrid a pesar de que la menor reside con el padre en Sevilla, no siendo obstáculo que con anterioridad dichas visitas se desarrollaron en Madrid ni que la madre alegue que la exigua pensión de incapacidad que percibe le impide desplazarse hasta Sevilla.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 2 de enero de 2008.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

En orden a las cargas y gravámenes, tales como las cuotas mensuales de amortización de hipoteca sobre la vivienda familiar hasta tanto se venda, los préstamos, IBI, derramas extraordinarias y demás que afecten directamente a la propiedad, deberán ser satisfechas por el esposo, que actualmente y con regularidad percibe ingresos por importe reconocido de unos 3.000 euros mensuales.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2008.

Acordado en su momento el uso alternativo de la vivienda por periodos de seis meses no puede estimarse la demanda de modificación presentada por el esposo en la que pretende que el uso sea compartido simultáneamente.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2008.

Si en la propuesta de convenio se pactó una fecha de salida de la vivienda por contar el esposo en breve plazo con otra, no puede ahora alegarse que su interés es el más necesitado de protección.
AP Toledo, Sec. 1ª, Sentencia de 29 de enero de 2008.

Habiéndose pactado entre las partes la atribución al esposo de la primera planta y habiendo fijado éste su residencia en otro inmueble, no procede atribuir el uso a la esposa, siendo admisible que el esposo pueda alquilarlo a una tercera persona y disfrutar de la renta así obtenida.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de enero de 2008.

La razón aducida por el esposo para solicitar el uso vitalicio de la vivienda familiar es la imposibilidad de poder adquirir con sus ingresos otra vivienda en propiedad, pero esta circunstancia no se encuentra amparada en el artículo 96 del CC.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 25 de enero de 2008.

Los hijos tienen en la actualidad nueve y cinco años y no se desprende de las pruebas practicadas que en un plazo de cinco años haya garantías de tener cubierta la necesidad de vivienda, aun cuando se proceda a la venta de la misma, circunstancia que por otra parte no queda clara. No concurre por tanto motivo alguno que justifique la limitación impuesta y como se alega por parte del Ministerio Fiscal, la atribución del derecho de uso tampoco impide el ejercicio de la acción de división.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de enero de 2008.

Consta que el esposo padece unas limitaciones físicas importantes, habiendo acudido al acto del juicio en silla de ruedas; que con su pensión ha arrendado él sólo la vivienda, haciendo frente a los gastos que ello comporta; la esposa aún se encuentra en edad de seguir trabajando, pudiendo vivir con una hermana que también vive en Ávila y tiene locales suficientes para acogerla lo que

no sucedería con el esposo, que debido a su enfermedad no tendría posibilidad de ser atendido con las circunstancias en las que actualmente vive.
AP Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de enero de 208.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No tienen carácter de extraordinarios los gastos de matrícula y tasas generadas por la hija mayor, que cursa estudios en una universidad privada, cuando los mismos estudios pueden seguirse en la misma ciudad y en una universidad pública. La conducta pasiva del padre no puede equipararse a la efectiva prestación del consentimiento en la asunción del gasto.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Auto de 14 de mayo de 2008.

Nos encontramos en definitiva ante unas actividades extraescolares incluidas expresamente por las partes en el convenio, en cuanto originadoras de gastos de naturaleza extraordinaria, habiendo asistido incluso el demandado a fiestas del centro escolar en que exhibiéndose el resultado de tales enseñanzas, participaron las menores.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 15 de febrero de 2008.

Los gastos de clases particulares y excursiones escolares, son gastos que deben ser incluidos dentro del importe de la pensión alimenticia.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 6 de febrero de 2008.

Los ingresos que pudiera obtener la hija, procedentes de su trabajo los fines de semana para contribuir al pago de algunos de sus gastos, deben valorarse en el momento de fijar la pensión de alimentos a cargo del padre.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 31 de enero de 2008.

La demandada solicitó el aumento de la pensión establecida a favor del menor argumentando que con posterioridad a la sentencia de separación se le diagnosticó diabetes y señalando que dicha enfermedad conlleva gastos que no se tuvieron en cuenta a la hora de fijar la pensión alimenticia, pero se desestima su petición al considerarse que el hecho de seguir una dieta no supone necesariamente un encarecimiento tal de su alimentación que justifique el aumento de la pensión.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de enero de 2008.

La relación del padre con una tercera persona es voluntaria y aunque deba contribuir a los gastos de la vida en común, no estamos ante una circunstancia hábil para reducir la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de enero de 2008.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Dada la dedicación de la esposa a la familia y al matrimonio, del que hubieron cinco hijos y cuya duración supera los 35 años, y la edad de la beneficiaria no procede establecer ningún límite temporal a la pensión compensatoria.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2008.

Habiéndose atribuido a la esposa el uso de la vivienda, lo que obliga al esposo a atender a su alojamiento particular, se considera excesiva una pensión compensatoria de 320 €, es decir, casi del 50% de los ingresos del esposo.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 31 de enero de 2008.

Procede reducir la duración temporal del derecho a percibir la pensión compensatoria cuando la perceptora logra colocarse en situación de subvenir a sus propias necesidades, impulsando ella misma un negocio que le permite abrirse paso por sus propios medios.
AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de enero de 2008.

El importe de 150 euros mensuales no parece excesivo dadas las ganancias del esposo que al menos ascienda a 1.500 euros mensuales. El plazo establecido de dos años parece el adecuado dado que tiene que compatibilizar la educación del niño con la búsqueda y atención de un nuevo trabajo.
AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de enero de 2008.

El hecho de que las partes disfruten de un diferente status económico con posterioridad a la ruptura, no es consecuencia de la crisis matrimonial, sino, en todo caso, de la diferente situación económica que tenían antes de contraer matrimonio dado que la esposa gozaba, y goza ahora también, de la propiedad de determinados bienes privativos.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 11 de enero de 2008.

CUESTIONES PROCESALES

Ausencia de jurisdicción del Tribunal español para adoptar medidas por vía del artículo 158 del CC respecto de un menor cuando en Suecia se sigue un procedimiento entre las partes.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 10 de marzo de 2008.

Habiendo sido citado ya el demandado para la comparencia de Medidas Provisionales Previas a la demanda, antes de que la actora expresara su voluntad de desistir, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la LEC debió haberse conferido el traslado de dicho desistimiento por término de 10 días a los fines determinados en el mentado precepto. La ausencia de dicho traslado constituye una infracción procedimental, que habiéndose presentado recurso de apelación por el demandado, contra el Auto de sobreseimiento y archivo de las actuaciones, determina la pertinencia de revocar el mismo.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 15 de febrero de 2008.

La resolución recurrida varía en forma sorprendente del pacto sobre la custodia compartida, pues pese a la conformidad de los cónyuges y a no existir dato alguno que aconseje lo contrario, sin justificación alguna se la atribuye a la madre. El acuerdo de voluntades sólo puede ser sustituido por el juez si existen poderosísimos y razonados motivos que hicieran preciso variar ese acuerdo.
AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de febrero de 2008.

A la fecha de presentación de la demanda, el Juez de Violencia sobre la Mujer no había iniciado aún actuaciones por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia contra la esposa, ni había dictado orden de protección a favor de la misma. Ello determina que se atribuya la competencia para conocer del procedimiento de divorcio al Juzgado de Primera Instancia.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 7 de febrero de 2008.

No se accede a la petición de cambio de custodia efectuado por vía de medidas cautelares, remitiéndose al actor al procedimiento de modificación de medidas correspondiente.
AP Madrid, Sec. 24, Auto de 6 de febrero de 2008.

Se declara la competencia del Juzgado de Familia, dado que a la fecha de presentación de la demanda de divorcio ya había recaído sentencia firme en el procedimiento penal en la que se condenaba al demandado, por lo que dicho procedimiento civil queda fuera de la órbita de la competencia de los Juzgados de Violencia. Voto particular.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 5 de febrero de 2008.

Con independencia de que las diligencias previas devinieran en juicio de faltas y este concluyera mediante sentencia absolutoria, es lo cierto que en la fecha de la interposición de la solicitud de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio, en este juzgado se seguía un procedimiento penal como consecuencia de diligencias incoadas en virtud de denuncia por la madre con lo que la competencia es atribuible al Juzgado de Violencia, no siendo dable esperar a la conclusión del procedimiento penal para decidir sobre la competencia para el conocimiento del procedimiento civil iniciado cuando aún el procedimiento penal está vigente.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 31 de enero de 2008.

CONVENIO REGULADOR

No se comprende bien que cese la pensión de alimentos por la mayoría de edad del hijo, cuando luego se añade «o hasta que este cuente con medios propios de vida». Es decir, las partes no querían la extinción por la edad, sino que continuase la pensión de alimentos si el hijo, alcanzada la mayoría de edad, seguía conviviendo en el domicilio familiar y careciendo de ingresos propios.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 6 de marzo de 2008.

Nulidad del pacto contenido en el convenio regulador en virtud del cual los cónyuges, sin limitación de tiempo, se obligaban a no disponer de unos inmuebles, que estaban destinados a ser donados a los hijos, habida cuenta que estamos ante una mera promesa de donación y que la indivisión sin límite temporal vulnera lo establecido en el artículo 400 del CC.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de enero de 2008.

Aunque el padre manifestó en el convenio regulador de la separación que el piso ganancial se adjudicará a la esposa en el 50% y el otro 50% a los hijos, se desestima la demanda interpuesta por la esposa para que se otorgase la correspondiente escritura pública de donación, entendiendo el Tribunal Supremo que en el convenio regulador sólo se contenía una promesa de donación, no llegando a perfeccionarse la donación en ningún momento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2008.

En la cláusula séptima se pactó que la esposa percibiría el 20% de los ingresos anuales del esposo, en concepto de pensión compensatoria, cantidad que se incrementaría hasta un 30% cuando la esposa dejase de percibir la pensión alimenticia de los hijos. No cabe entender se altere la situación fáctica ni económica del esposo por el hecho de asumir la custodia del hijo o abonar al otro la suma necesaria para su manutención.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2007.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Aunque la esposa reconoció que hubo reconciliación, se condena al padre a pagar las pensiones devengadas durante el periodo de convivencia.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Auto de 3 de abril de 2008.

Ante el imperativo contenido en el artículo 148 del CC resulta irrelevante que la Sentencia cuya ejecución nos ocupa no haya hecho pronunciamiento específico sobre la vigencia temporal del derecho de alimentos.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de marzo de 2008.

No se acordó en el auto de medidas provisionales la formación de inventario de todo el contenido de la vivienda que actualmente es ocupada por la esposa, sino que, antes bien, se estableció expresamente la posibilidad y la facultad del recurrente de extraer de dicha vivienda los bienes y enseres personales propios de aquél, previa formación de inventario de los mismos.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 7 de marzo de 2008.

Se desestima la demanda de ejecución al acreditar el ejecutado que ingresó el dinero de su nómina en una cuenta común de la que dispuso la ejecutante.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 7 de marzo de 2008.

No se admite a trámite en vía de ejecución la demanda interpuesta por la madre solicitando que se prohíba la salida del territorio nacional de la común descendiente, así como la expedición de pasaporte a favor de la misma, sometiendo a autorización judicial previa cualquier cambio de domicilio de la menor, ya que lo que la demandante solicita no es el cumplimiento de concretas medidas establecidas en la antedicha sentencia, sino la adopción de otras nuevas o complementarias de aquéllas, lo que desborda el ámbito del procedimiento ejecutivo, a tal fin, un cauce procesal distinto del interesado, ya sea el establecido por el artículo 775 LEC, tal como argumenta el Juzgador a quo, ya, con carácter más ágil y urgente, el de jurisdicción voluntaria, según la propia dicción del artículo 158.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de marzo de 2008.

Se anula el auto que resuelve la ejecución a fin de que el Juez se pronuncie sobre la solicitud de vista solicitada por las partes, señalando la Audiencia que dicho trámite parece imprescindible, dadas las antagónicas posturas mantenidas por los litigantes, ninguna de los cuales merece, en principio y a salvo de lo que ulteriormente se actúe, una credibilidad preferente.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de marzo de 2008.

En modo alguno podemos aceptar las alegaciones de la ejecutante por más que sea cierto que las sentencias firmes hayan de ejecutarse en sus propios términos y que para variar las medidas acordadas deba acudirse al incidente de modificación de medidas, pues también lo es que los órganos jurisdiccionales deben rechazar todas aquellas pretensiones abusivas que constituyan un ejercicio antisocial del derecho, que la ley no puede amparar, que es lo que sucede en este caso en el que se reclama el cumplimiento de la Sentencia respecto a unos hijos que ya son independientes económicamente.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 26 de febrero de 2008.

Habiéndose fijado en la sentencia una pensión compensatoria por cuantía de 200 euros mensuales, queda acreditado que el esposo ha abonado una cantidad inferior a la ordenada en sentencia por lo que deberá abonar la diferencia, aun cuando alegue y justifique haber realizado

una serie de pagos directos (tales como luz, teléfono comunidad de la vivienda familiar donde residen madre e hijas) que ha descontado de la cantidad total que por pensiones debe ingresar mensualmente.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de febrero de 2008.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No procede incluir en el pasivo un crédito a favor de la esposa por el pago del IBI y del seguro asociado a la hipoteca al no haberlo incluido en la propuesta de inventario que presentó inicialmente.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2008

Lo que se haya pagado del préstamo hipotecario después de dictarse la Sentencia de separación genera un derecho de crédito, no frente a la sociedad de gananciales, sino frente al otro cónyuge.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2008

Aunque la vivienda se compró en estado de solteros, la Audiencia le da carácter ganancial en su totalidad e incluye en el pasivo un crédito a favor de los cónyuges equivalente al porcentaje que abonó cada uno de ellos antes del matrimonio.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2008

Admisión de las diligencias preliminares a efectos de interponer acción de complemento de formación de inventario de la sociedad legal de gananciales y pertinencia del requerimiento al ex esposo para que exhiba determinados documentos relativos a deuda pública y fondos depositados en entidades bancarias, interesando, igualmente, que se libre oficio a estas últimas para que expida las certificaciones oportunas.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de marzo de 2008.

Habiéndose determinado claramente qué bienes eran los que se permutaban y conociéndolos perfectamente ambos miembros de la pareja en el momento en que alcanzaban un acuerdo que mereció la aprobación judicial, no cabe ahora acogerse a la necesidad de una supuesta tasación que en nada puede modificar el acuerdo alcanzado.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 19 de febrero de 2008.

Procede la estimación del motivo del recurso y la revocación de la parte dispositiva del auto apelado, para suprimir de la misma la valoración del bien inmueble integrante del activo, la que tendrá lugar en la segunda fase del proceso liquidatorio al no mediar acuerdo sobre su valor.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 13 de febrero de 2008.

Habiéndose disuelto *ope legis* la sociedad legal de gananciales que nos ocupa en virtud de la sentencia de separación es el juzgado que dictó esta sentencia el competente para el conocimiento y fallo del proceso de formación de inventario de la extinta sociedad, por más que luego se tramitara el divorcio de las mismas partes en otro juzgado distinto.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 30 de enero de 2008.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Después de haberse constituido la adopción, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de lo actuado por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la madre biológica que se opuso a la adopción no habiéndose tramitado por el juzgado el incidente previsto en el artículo 781 de la LEC.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 58/2008, de 28 de abril.

No es necesario el asentimiento del padre biológico de la menor pues, aparte de que se constituyó su acogimiento preadoptivo por resolución que no fue siquiera recurrida, como tampoco ninguna de las anteriores resoluciones dictadas por la entidad pública, el mentado requisito no es preciso en los casos como el que aquí nos ocupa, a tenor de lo estatuido en el artículo 122.1 del Código de Familia.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 26 de febrero de 2008.

Se deniega al padre la autorización para hipotecar un bien propiedad por mitad del hijo al no acreditarse la necesidad de ese gravamen y suponer un riesgo para el patrimonio del menor en cuanto no se ofrecen ni se constatan las condiciones de la hipoteca que se quiere constituir ni los recursos con los que pretende afrontarse el pago de la misma, remitiéndose toda la operación a la financiación de una sociedad limitada de la que no se aportan los datos esenciales.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de febrero de 2008.

La resolución de instancia que se recurre deniega la autorización solicitada para gravar el bien inmueble del que son copropietarios dos menores de edad, pretensión ejercitada por la madre. La denegación se basa en que no ha sido suficientemente justificada la utilidad y necesidad de la disposición. La solicitud lo es para la obtención de un préstamo hipotecario sobre la vivienda recibida en concepto de herencia y con el precio obtenido poder cubrir otros prestamos personales contraídos por la madre, pero tales prestamos fueron solicitados y destinados a la adquisición del vehículo familiar y una caravana y para cubrir determinadas necesidades del negocio de venta de artículos al mayor de peluquería que regenta la solicitante.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 11 de febrero de 2008.

FILIACIÓN

Por mucho que se haga una interpretación flexible y laxa del principio de prueba que hay que presentar junto a las demandas de impugnación de paternidad, no puede admitirse la demanda en la que como único medio de prueba se presenta el libro familia, no ofreciéndose la práctica posterior de otras pruebas, siendo intrascendente que manifieste que por falta de medios económicos no puede practicarse la prueba biológica.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de febrero de 2008.

Se desestima la acción de impugnación de la paternidad por apreciarse la caducidad ya que el padre, tenía perfecto conocimiento del nacimiento del menor constante su matrimonio. Realizó varios viajes a la República Dominicana en la época, no sólo de la concepción, sino del nacimiento del hijo, de manera que si dudaba de la realidad de la filiación derivada del vínculo

matrimonial tenía la posibilidad de ejercitar la acción de impugnación con anterioridad al transcurso del plazo establecido en la ley para su ejercicio.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de enero de 2008.

No cabe apreciar la caducidad de la acción de impugnación de paternidad pues el régimen aplicable al ejercicio conjunto de la acción de reclamación e impugnación es el propio de las acciones de reclamación, con lo cual han de ser tenidos en cuenta la ausencia del límite temporal del artículo 131 del CC y la imprescriptibilidad del 132. No se estima aplicable la doctrina de los actos propios dada la naturaleza de la acción ejercitada y en ningún caso podría ello predicarse respecto de la acción ejercitada por el padre biológico.
AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de enero de 2008.

UNIONES DE HECHO

La demanda formulada solicitando la homologación del convenio sobre guarda y custodia suscrito por las partes debió ser admitida a trámite cumpliéndose los requisitos de forma exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil en el apartado 6º del artículo 770 de la LEC.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 4 de febrero de 2008.

No puede olvidarse que las partes suscribieron un convenio en el que manifestaban que «dado que ambas partes son independientes económicamente, renuncian mutua y expresamente a reclamarse cantidad alguna por este concepto». Por ello, los contratantes deben estar a lo pactado no siendo admisible fijar una indemnización por perjuicio económico tras la ruptura de la pareja de hecho.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 14 de enero de 2008.

Se desestima la solicitud de declaración de herederos promovida por el conviviente de hecho de la causante al no tener tal cualidad, declarándose la herencia vacante la condición de heredero *ab intestato* de la Generalitat de Catalunya.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 9 de enero de 2008.

EFICACIA CIVIL DE RESOLUCIONES CANÓNICAS

El ajuste al Derecho del Estado se produce sobre la base de la concurrencia de las condiciones formales para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, con el plus que presenta su no contradicción a los principios jurídicos públicos y privados de nuestro ordenamiento de Estado en su síntesis exponencial de orden publico interno, sustantivo y procesal.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2008.

CUESTIONES PENALES

Constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal. Su redacción no vulnera el derecho a la igualdad contenido en el artículo 14 de la CE ni supone una discriminación por razón de sexo.

La diferenciación es razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el ámbito de la pareja en el que están insuficientemente protegidos.
Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia de 14 de mayo de 2008.

Aunque el Juzgado de lo Penal la condenó a un año de prisión se absuelve a una madre del delito de desobediencia al no apreciarse la existencia del síndrome de alienación parental.
AP Vizcaya, Sec. 6.ª Sentencia de 27 de marzo de 2008.

El Tribunal Constitucional admite la personación de los gobiernos de las Comunidades Autónomas como acusación popular contra los maltratadores en los casos de violencia de género.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 8/2008, de 21 de enero.

CUESTIONES REGISTRALES

El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción de un convenio regulador al haberse incluido en la liquidación bienes privativos de los cónyuges. La vivienda se adquirió por el esposo en estado de soltero y se terminó de pagar constante el matrimonio, por lo que teniendo carácter privativo la parte que se abonó antes de contraerse el matrimonio, no puede adjudicarse la totalidad del inmueble a la esposa.
DGRN, Resolución de 31 de marzo de 2008.

Acreditado en el título sucesorio que la sustituta hereditaria es descendiente del sustituido y como tal llamada a la herencia de la causante, no es necesario acreditar el hecho –negativo– de la inexistencia de otros sustitutos.
DGRN, Resolución de 31 de enero de 2008.

Se deniega la anotación preventiva de embargo respecto a una vivienda que aparece inscrita a favor de unos cónyuges de nacionalidad británica sin determinación de cuotas y con sujeción a su régimen económico matrimonial al no haberse demandado también a la esposa.
DGRN, Resolución de 22 de enero de 2008.

Se deniega la inscripción de la sentencia que atribuía el uso de la vivienda familiar al aparecer el inmueble inscrito a nombre de una tercera persona.
DGRN, Resolución de 18 de enero de 2008.

SUCESIONES

No procede declarar la nulidad del testamento porque el valor de los lotes de los distintos herederos no sean igualitarios, ya que no se ha acreditado que ello constituyese un error, toda vez que de las disposiciones testamentarias se deduce que la testadora era consciente que había diferencia en el valor de los lotes.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de enero de 2008.

Se deja sin efecto el inventario de la herencia debiendo procederse a la formación de un nuevo inventario en el que se incluirán sólo los bienes privativos de la finada, pero que no podrá formarse sin estarse al resultado de un previo proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.
AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de enero de 2008.

El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del CC. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2008.

La partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso, pero no se trata de una igualdad matemática o absoluta sino de una igualdad cualitativa, teniendo la norma un carácter orientativo y un grado de imperatividad sólo relativo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de enero de 2008.

OTRAS CUESTIONES

La residencia que, sin ningún otro calificativo, recoge el artículo 756 no exige la habitualidad que constituye la nota definidora del domicilio, por lo que ha de bastar, para determinar la competencia en caso de incapacidad, la estancia de una persona en un determinado lugar, con independencia de que tal situación sea accidental o transitoria.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 7 de febrero de 2008.

Teniendo presente que la compensación económica no tiene como finalidad igualar patrimonios, sino corregir situaciones de desequilibrio patrimonial en las que se haya producido un enriquecimiento injusto a favor de uno de los cónyuges, al quedar acreditado que casi todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos durante el matrimonio son de titularidad común, no procede fijar la indemnización del artículo 41 del Código de Familia.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 31 de enero de 2008.

Habiéndose dictado auto teniendo por desistida a la hija menor de edad de la acción que interpuso contra su padre por intromisión ilegítima en su derecho al honor, la condena en costas que lleva el desistimiento no puede hacerse recaer sobre la madre que la representó legalmente, sino directamente sobre la hija de 15 años de edad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2008.

No existe base para estimar la existencia de un enriquecimiento injusto del esposo en relación a la esposa que dé derecho a la compensación económica del artículo 41 del Código de Familia, en la medida en que las ganancias obtenidas lo han sido como consecuencia de su actividad profesional en un negocio familiar del que se obtienen beneficios variables y en ningún caso tan elevados como pretende la solicitante.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 16 de enero de 2008

Se admite el recurso de apelación interpuesto por la hija de la incapaz aunque no fue parte en el procedimiento.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de enero de 2008.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

1. Contenido. La *Revista de Derecho de Familia* publica exclusivamente artículos y colaboraciones originales que versen sobre temas de actualidad en materia de Derecho de Familia desde un punto de vista eminentemente práctico.

2. Lengua y formato. Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica, profesional o cargo.

3. Resúmenes en español e inglés. Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de un máximo de 10 líneas en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.

4. Dirección de envío. Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redaciv@lexnova.es con indicación de su destino a la *Revista de Derecho de Familia*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.

5. Evaluación. Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.

NOTAS

NOTAS