

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 38
enero-marzo 2008

Director:
**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	7
Estudios Doctrinales	27
Jurisprudencia	79
Resoluciones de la DGRN	271
Sección Práctica	283
Tribuna Abierta	305
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	315
Avances Jurisprudenciales	323

e d i t o r i a l

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 responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Tras la separación, ¿quién se queda con el perro?

No cabe duda que hoy en día, el perro, es uno más de la familia. Entra a formar parte de la vida familiar dando su leal y fiel afecto y pidiendo a cambio sólo un poco de atención y cuidado. Pero qué pasa cuando la pareja entra en crisis. ¿Quién se queda con él? ¿Se podrá acordar la tenencia compartida? ¿Se fijará un régimen de visitas? ¿Quién se quedará definitivamente con su propiedad? ¿Se fijará una contribución alimenticia para atender los gastos de alimentación, aseo y visitas periódicas al veterinario?

Pascual Ortuño indica que de la práctica forense en los juzgados y tribunales de familia puede colegirse que, incluso, ha dejado de ser anecdótico que en convenios reguladores se establezcan acuerdos minuciosos sobre animales de compañía y se mantenga en proindivisión su propiedad, con especificación de períodos de tenencia de uno y otro dueño, o que se establezcan eventuales derechos de utilización alterna respecto de perros, gatos y hasta de tortugas o lagartos, teniendo en consideración que son bienes esencialmente indivisibles, a los que es de aplicación la regla del primer párrafo del artículo 401 del Código Civil.

El conflicto se presenta cuando los cónyuges o convivientes no llegan a un acuerdo en torno a cuál de ellos se quedará con el perro y la primera cuestión que debemos resolver es si estas decisiones pueden formar parte de un procedimiento contencioso de familia, y la duda nos surge porque en los artículos 90 y siguientes del Código Civil nada se dice de forma específica al respecto por muchos derechos que hoy se hayan reconocido en materia de protección de animales. Sin embargo, no puede ignorarse que en el artículo 103 del CC se indica que «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 2.^a Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno. (...) 4.^a Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo». Y resulta que el perro es un bien semoviente, por lo que en principio, si existe controversia entre las partes, el juzgado deberá pronunciarse sobre quién debe quedarse con la «posesión» del perro.

Las referencias legislativas a los semovientes son abundantes en nuestra tradición jurídica y su aprecio afectivo o económico ha merecido ser objeto de minuciosa legislación, incluso en el Código Civil, que se ocupa de ellos, entre otras instituciones, al regular determinados derechos, como la posesión, en el artículo 465, con la distinción entre los animales que saben volver a la casa del poseedor, de los fieros, domesticados o amansados, o al regular el usufructo de animales en el artículo 499, o las servidumbres, la ocupación, la compraventa, en el artículo 1491, el arrendamiento en el artículo 1579, los contratos especiales sobre ganadería, o la aparcería de ganados, así como el régimen de responsabilidad civil frente a terceros del poseedor de un animal, en el artículo 1905.

Un dato importante será considerar si el perro es propiedad de los cónyuges o de los hijos, y en el primer caso si es ganancial o privativo, siendo determinante a estos efectos la fecha en que se adquirió (antes o después de contraer matrimonio) y la forma de adquirirse (de forma onerosa o gratuita). Sin embargo, no pensemos que con esto está resuelto el problema, ya que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 del CC, hasta tanto se resuelva con carácter definitivo sobre su propiedad (lo que sucederá cuando se liquide el régimen económico-matrimonial) será necesario resolver quién se queda transitoriamente con su compañía.

Si el perro fue comprado o regalado a un hijo, lo lógico es que aquél siga estando en la compañía de éste, pero, fuera de este caso, habrá que determinar si el perro debe quedarse en la casa o debe marcharse con el cónyuge o conviviente que abandona la vivienda.

¿Cómo resolvemos esto? ¿Habrá que acudir a un perito para que valore a quién tiene el perro más afecto? Podría acudirse a una prueba diabólica: ponemos al perro en el centro de una habitación y a cada uno de los cónyuges en un extremo de ésta hasta ver con quién se va el perro. Un elemento que nos puede ayudar a resolver la cuestión es conocer quién se encarga habitualmente de él, es decir, quién lo pasea, quién lo lleva al veterinario, quién lo asea, etc. La vinculación con los hijos también es decisiva, pues al formar parte de los bienes que se utilizan por el grupo familiar, lo normal será que el perro se quede con aquel al que se le atribuye la custodia. Otro dato que puede tener influencia es si se trata de un perro afecto a alguna actividad (lazarillo, caza, colaborador en tareas agrícolas o ganaderas, participante en concursos, etc.) o es simplemente de compañía.

Lamentablemente, aunque la declaración del perro sería muy de fiar ya que no puede manipularse por ninguno de los cónyuges (salvo que uno de ellos esté dándole de comer todo el día lo que más le gusta), hoy por hoy es imposible conocer lo que piensa.

En fin, que valorando todas estas circunstancias, el juez deberá decidir con quién se queda el perro de momento ya que el debate definitivo en torno a su propiedad vendrá después. En la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Cangas de Onís el 29 de junio de 2006, se indicó que no procedía efectuar pronunciamiento sobre la atribución del perro «de raza pastor alemán y de nombre Otto» porque era propiedad de la esposa. En la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de Zaragoza de 21 de junio de 2006 se acordó que el esposo se quedase con el coche y la esposa con el perro, aunque no sabemos qué criterio se siguió para tal reparto. En el caso analizado en la Sentencia dictada por la AP de Cáceres de 30 de enero de 2004, el esposo solicitó que se le adjudicase uno de los dos perros propiedad de la sociedad de gananciales, pero se denegó su petición «porque

dichos animales siempre han estado en poder y bajo el cuidado de la actora no habiendo tenido el apelante la mínima relación con los mismos, lo que impide la adjudicación de uno de ellos».

En la página *www.misanimales.com* se indicaba respecto a las repercusiones de las crisis de pareja en los animales que ellos también sufren, «Los animales no pueden expresarse con palabras pero, al igual que nosotros, ellos también sienten. En caso de producirse el divorcio, la mascota sufre la separación, pero es importante destacar que no todos los animales reaccionan del mismo modo. Aun así, es posible que eche de menos de modo tan desesperado al dueño que ha abandonado el hogar que llegue a sufrir una depresión severa con consecuencias graves, pues la falta de apetito y el profundo abatimiento puede llevarle a la muerte. Este tipo de sufrimiento es común en animales que tienen una relación más cercana a su amo, como el perro o el gato. Sin embargo, la mayoría suele pasar una temporada triste y, tras un período de nostalgia, admite a la otra persona en el lugar que dejó su amo. Esto sucede en el caso en el que el cónyuge que ha obtenido la custodia legal de la mascota no sea quien se encargaba habitualmente de su cuidado y manutención».

Determinado qué cónyuge o conviviente se queda con la compañía del perro rápidamente nos surge la siguiente interrogante: ¿Se puede fijar un régimen de visitas a favor del otro cónyuge, incluso en los casos en que no sea su propietario? La verdad es que no hemos encontrado ningún caso en que se haya fijado en una resolución judicial un régimen de visitas para que uno de los cónyuges pueda estar un determinado período de tiempo con el perro. El único supuesto que se ha planteado en relación con esta cuestión ha sido el cumplimiento de un régimen de visitas que se fijó en un convenio regulador y que fue incumplido por la esposa que negó al esposo que pudiese estar con el perro tal y como se había pactado. La Sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 12.^a, de 5 de abril de 2006, con ponencia de Pascual Ortuño, llegó a la conclusión de que el pacto según el cual el esposo podría visitar al perro propiedad de la ex esposa no implica derecho alguno susceptible de ser ejecutado: «Sin duda alguna, la ejecutabilidad de un pacto que contenga el compromiso de la ex esposa de que dejará al ex esposo pasear al perro que ambos cuidaron cuando convivían, es ya una entelequia en sí misma. Acordar un “derecho a visitar”, es todavía más impreciso, puesto que significa propiamente acudir a la residencia donde habita alguien, para permanecer un período de tiempo en su compañía, obviamente no de la ex mujer no del ex marido, sino del perro. La realización de la visita, por supuesto, no excluye la vigilancia del dueño, por una parte, ni incluye el contacto con el animal, ni tampoco la posibilidad de sacarle a la calle, pues ello conllevaría una relación de confianza entre el visitador y el propietario que no es usual entre ex esposos. Las estancias libres del perro con el tercero no dueño o poseedor habitual, como las que prevé la juez de primera instancia en el auto que acuerda la ejecución, implican determinados riesgos para el animal, como los derivados de los contactos con otros perros, y para terceros a quienes puede dañar, que habrían de ser asumidos, en definitiva, por su dueño, tal como establece el artículo 1905 del Código Civil».

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

La determinación del régimen económico-matrimonial <i>Antonio Javier Pérez Martín</i>	29
--	----

Síndrome de Alienación Parental (SAP) <i>Pilar Gómez Magan</i>	63
---	----

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Suspensión de la ejecución de la sentencia que acordaba la división de la cosa común y la venta en subasta pública del inmueble hasta tanto se resuelva el recurso de amparo. <i>Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Auto de 17 de diciembre de 2007.</i>	81
---	----

MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

El Tribunal Constitucional confirma el criterio de que los Jueces Encargados de los Registros Civiles carecen de legitimación para interponer una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el matrimonio de homosexuales. <i>Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Auto de 16 de enero de 2008.</i>	83
---	----

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Los derechos sucesorios del hijo no matrimonial de progenitor fallecido antes de la vigencia de la Constitución se rigen por la legislación vigente en el momento de la apertura de la sucesión. <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2007.</i>	91
--	----

PATRIA POTESTAD

Responsabilidad del Ayuntamiento y de la entidad aseguradora por las lesiones sufridas por un menor al caerle encima de la cara la portería, no anclada en el pavimento, en cuyo larguero se había colgado con los brazos con ocasión de hallarse jugando al fútbol.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de junio de 2007.

96

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial de la vivienda sin que pueda destruirse la presunción de ganancialidad por el hecho de que el dinero invertido en la adquisición provenga de un préstamo efectuado por un tercero, ya que éste tendrá derecho a que se le devuelva su importe pero el inmueble tendrá carácter ganancial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de junio de 2007.

101

La atribución del uso de la vivienda a los hijos comunes tendrá sus efectos en el momento de la valoración del inmueble a efectos de su venta en pública subasta en la que podrán participar licitadores extraños.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de junio de 2007.

105

Responsabilidad de los bienes que se adjudicó la esposa al ser ineficaces las capitulaciones matrimoniales otorgadas después de que el esposo, de profesión comerciante, solicitase un crédito que fue afianzado por una tercera persona, siendo impagado dicho crédito y reclamando la avalista por vía de regreso.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de julio de 2007.

107

Al apreciarse simulación en fraude de acreedores se acuerda la nulidad de las aportaciones de bienes inmuebles efectuadas por los cónyuges a una sociedad mercantil después de haberse constituido en fiadores solidarios en una operación crediticia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de abril de 2007.

110

Nulidad de compraventa otorgada por el marido una vez disuelta la sociedad de gananciales al faltar el consentimiento del otro cónyuge.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2007.

112

Cuando se trata de la liquidación de la sociedad, el Código Civil no contempla una preferencia en la atribución de la vivienda conyugal a ninguno de los cónyuges y mucho menos prevé que deba aplicarse en este caso la regla del artículo 96 del CC, que exige la concurrencia de unas condiciones para atribuir el uso, no la propiedad, de la vivienda conyugal cuando los cónyuges se separen o divorcien.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2007.

116

A pesar de que en la escritura pública se hizo constar que el inmueble tenía carácter ganancial, el resto de pruebas practicadas lleva al Tribunal a declarar que éste pertenece privativamente a la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2007.

120

Para la adquisición de la vecindad civil por residencia no se computa el tiempo en que el esposo no tenía capacidad de obrar; la llamada emancipación tácita del antiguo artículo 160 del CC no alcanzaba a la esfera personal y no computaba para la adquisición de la vecindad civil. Al contraer matrimonio no había adquirido la vecindad catalana por residencia durante diez años y por tanto el régimen del matrimonio era el de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de junio de 2007.

123

UNIONES DE HECHO

Se considera común la vivienda familiar en la que residió la pareja de hecho durante la convivencia, y al haberse acreditado que la conviviente aportó determinadas sumas de dinero que se destinaron a la ampliación y mejora del inmueble, se acuerda que el conviviente abone a aquélla el 50% de su valor. Al no haberse acreditado la legislación alemana se aplica la ley española.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de julio de 2007.

126

Declaración de la existencia de una unión de hecho entre los convivientes durante los años que precedieron al posterior matrimonio que dio lugar a una comunidad de bienes que posteriormente se convirtió en una sociedad de gananciales que debe ser liquidada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de septiembre de 2007.

130

CUESTIONES PROCESALES

Estimación del recurso de revisión al haberse acreditado que la ex esposa conocía perfectamente que el ex esposo, tras la separación, trasladó su residencia a Alemania y, sin embargo, designó para notificaciones el último domicilio que aquél tuvo en España.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2007.

134

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Validez del contrato de renta vitalicia concertado entre los padres y un hijo, sin que sea obstáculo para ello que los padres se reservasen el derecho de uso y habitación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de junio de 2007.

136

Rescisión de compraventa de una parte de un inmueble efectuada entre padre e hijo. Insolvencia posterior del hijo para hacer frente a las deudas contraídas como fiador de la empresa de la que era socio y que se encuentra en suspensión de pagos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de junio de 2007.

139

SUCESIONES

No procede incluir en el caudal hereditario una cantidad por la utilización que una hija de uno de los herederos hizo durante años de la vivienda propiedad del difunto.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de junio de 2007.

143

Nulidad de las escrituras de compraventa efectuadas entre la abuela y unos nietos al haberse efectuado en fraude de los derechos legítimos, sin que pueda considerarse que se trata de donaciones encubiertas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de junio de 2007.

146

Procedencia de la colación de las donaciones efectuadas en vida por los padres aunque éstas puedan imputarse a las legítimas de los donatarios y el exceso se incluya dentro del tercio de libre disposición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2007.

149

La herencia comprende todos los derechos del causante en el momento de su fallecimiento. Se incluye el derecho a percibir una indemnización por extinción de arrendamiento en virtud de expropiación ya iniciada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de julio de 2007.

151

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

No concurren los presupuestos legales, ni procesales, en relación a la posibilidad de aplicar la normativa española para declarar el divorcio, respecto de los ciudadanos de nacionalidad rumana, no obstante la residencia en España, por cuanto que, ciertamente, no se cumple con los requisitos prevenidos en el artículo 107 del Código Civil y el artículo 9 del citado texto legal por cuanto que, como bien se señala en la resolución apelada, no ha existido procedimiento de común acuerdo.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2007.

155

PATRIA POTESTAD

Se acuerda la privación de la patria potestad ya que el padre no tiene relación o contacto con el menor prácticamente desde la ruptura en febrero de 2000 de la unión extramatrimonial mantenida con la madre, desinterés y abandono que implican un manifiesto y palmario incumplimiento prolongado, habitual y grave del conjunto de deberes y obligaciones familiares que la paternidad responsable impone, y que justifica la privación de la patria potestad, por drástica y contundente que resulte tal medida, lo que facilitará la adopción del menor por el compañero de la madre.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de junio de 2007.

156

No debió ser admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juez de Primera Instancia resolviendo una controversia en el ejercicio de la patria potestad, ya que en el artículo 156 del CC no se prevé dicho recurso.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de junio de 2007.

156

Privación de la patria potestad tras dictarse sentencia condenando al padre por un delito de maltrato.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de julio de 2007.

157

La convivencia entre los litigantes se interrumpe a los tres meses del nacimiento de la menor. A partir de ese momento el padre biológico se ha desentendido por completo de la hija, evidenciando un total y absoluto desinterés tanto en el trato afectivo y personal, no manteniendo contacto alguno con ella, ni en régimen de visitas ni mediante comunicación telefónica, como en cuantos aspectos se relacionen con la manutención o educación. En esta situación procede la privación de la patria potestad.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de julio de 2007.

158

Es de concluir en la procedencia de decretar que el ejercicio de la patria potestad de los hijos corresponderá de forma exclusiva a la madre, ya que tal pretensión no fue siquiera contradicha por el demandado, quien se encuentra en situación de rebeldía procesal e incomparecido en ambas instancias.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2007.

159

Es lo cierto que, por el momento, no concurre causa para dar lugar a una declaración sobre privación o suspensión de la patria potestad, o de su ejercicio, por cuanto que el hecho objetivo relativo a la separación fáctica entre los progenitores en virtud de una orden de alejamiento no determina tan grave medida.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

160

GUARDA Y CUSTODIA

A pesar de que se mantiene el reparto de tiempo de convivencia que se fijó en el juzgado y que permite que los hijos pasen todos los días seis horas y media con la madre, repartiéndose entre ambos progenitores los fines de semana y vacaciones, la Audiencia revoca la sentencia del juzgado y no concede la custodia compartida.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 2 de julio de 2007.

161

Se ha podido comprobar que actualmente se viene cumpliendo con normalidad el régimen de visitas, por lo que no procede el cambio de custodia sin perjuicio de lo que proceda resolverse en el futuro, si se incide en comportamientos y conductas que vengán a impedir, entorpecer o dificultar de modo grave la comunicación entre el padre y los hijos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 3 de julio de 2007.

162

La depresión sufrida por la madre se debió a un conjunto de causas que hoy han remitido, aunque sea de forma parcial, al solventarse definitivamente su situación de crisis matrimonial, lo que unido a la superación del problema psíquico contribuye a sentar la concurrencia de unas condiciones de vida normales y, por ello, no existe ningún obstáculo para que se le atribuya la custodia.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 6 de julio de 2007.

163

El cambio de domicilio que llevó a cabo la madre, en cuya guarda y custodia estaban los menores, no constituye de forma automática la alteración exigida para justificar el cambio de custodia, habiéndose constatado que no existe problema de adaptación de los menores, aunque es lógico que, debido a su edad, muestren su deseo de vivir en la anterior ciudad.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de julio de 2007.

164

Atribución de la custodia de la hija al padre y del hijo a la madre, ya que aunque la actitud del padre hacia la hija es más permisiva, parece que en estos momentos de adolescencia es más

beneficioso para ella este trato que el enfrentamiento que tienen madre e hija que dificultaría una convivencia normalizada.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de julio de 2007.

165

Al quedar dividido el año en semestres naturales para la distribución de la guarda compartida, la solución más equitativa es considerar neutros a los efectos de la guarda compartida los períodos de vacaciones escolares, de tal manera que ambos progenitores puedan estar con sus hijos en épocas en las que no se encuentran absorbidos por su actividad académica.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de julio de 2007.

166

El cambio de la custodia al padre no aparece en este momento como lo más beneficioso para el menor –tras dos años de inexistencia de contacto paterno-filial, aunque sea como consecuencia del comportamiento reprochable del otro progenitor–, sin perjuicio de que se tomen las medidas necesarias para que el padre pueda contactar con su hijo y quede garantizado el derecho de visita que tiene para con él.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2007.

167

Siendo el entorno del padre en el que mejor pueden desempeñarse las funciones parentales, por su mayor control escolar frente a la permisividad de la madre, se concede la custodia a aquél.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2007.

168

RÉGIMEN DE VISITAS

Se desestima la ampliación del régimen de visitas, ya que si el padre que nació en el año 1975, según manifiesta, se encuentra en paro, no obteniendo ingresos, su interés prioritario no debe ser estar más tiempo con el hijo, sino encontrar trabajo para poder cooperar al sostenimiento de su hijo, y para esto lo que necesita es tiempo y dedicación, por lo que, al menos por el momento, no tener un régimen de visitas tan amplio como el que pretende, le ayudará al que sin duda es fin prioritario: alimentar a su hijo.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de julio de 2007.

169

La alimentación materna del menor no puede considerarse un óbice esencial para impedir el cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, que se considera beneficioso para éste.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de julio de 2007.

170

Debe establecerse un punto de partida para pasar de un régimen sin pernocta a uno con ella, que esta Sala, al igual que la mayoría de los órganos jurisdiccionales, salvo acuerdo en otro sentido de los propios progenitores, ha fijado en la edad de 3 años.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de septiembre de 2007.

171

En modo alguno se ha demostrado que la distribución del verano por períodos quincenales a cada progenitor haya resultado perjudicial para la menor ni tampoco perjudicial para los ascendientes, dado que ellos pueden disfrutar de su hija durante idéntico período de tiempo, lo cual no sucedería si se atendiera a la petición del demandante al haber quedado acreditado en las actuaciones que ambos progenitores sólo pueden efectuar sus vacaciones estivales en el mes de agosto.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de septiembre de 2007.

171

Se desestima la petición del padre de reducir el período de vacaciones a diez días por razones de su actividad laboral en dicho período.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2007.

172

El interés del menor aconseja que se le recoja y se le entregue por el progenitor que ejerce la visita en la vivienda del que tiene la custodia y sólo, excepcionalmente, sería oportuno adoptar otro criterio en el supuesto de que, con ocasión de aquéllas, se produzcan situaciones conflictivas ya sea por enfrentamiento directo de los progenitores u otros familiares.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007.

174

La incomunicación temporal de la hija con el padre no constituye, por sí solo, motivo para suspender el derecho recíproco de ambos, sino, por el contrario, para propiciar, si bien de modo paulatino y progresivo, las visitas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

175

Aunque se trate de una niña de corta edad y su padre no haya tenido contacto con ella desde hace tres años, esta circunstancia no determina por sí sola la existencia de peligro alguno para la salud física o psíquica de la menor que justifique la suspensión del régimen de comunicación.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

176

VIVIENDA FAMILIAR

En contraprestación al uso que se atribuye al esposo y en tanto en cuanto no se proceda a la liquidación del régimen económico del matrimonio, aquél satisfará de su peculio exclusivo la amortización del préstamo hipotecario, sin posibilidad de incluir tales sumas como crédito contra la sociedad de gananciales.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de julio de 2007.

176

No puede accederse a la petición que efectúa el esposo en cuanto a que atribuido el uso de la vivienda familiar a la ex esposa, ésta debe pagar las cuotas del préstamo hipotecario hasta el momento en que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que han de ser satisfechas por mitad entre ambos cónyuges.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de julio de 2007.

177

Nos encontramos con una vivienda propiedad de ambas partes pero que en modo alguno ha constituido la vivienda familiar, ya que nunca han vivido en ella la pareja junta, ni la hija común, por lo que independientemente de los derechos que existan sobre ésta, y que deberán ser dilucidados en otro procedimiento, no procede en el actual hacer mención alguna acerca de la atribución de dicha vivienda a ninguno de los implicados.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2007.

177

Teniendo en cuenta que la hija tiene 20 años de edad, el plazo de atribución del uso por cinco años que ha concedido el juzgador *a quo* resulta ponderado. Una vez transcurrido dicho lapso de tiempo, en el que la hija ha de haber completado su formación y adquirido independencia

económica, lo procedente es la atribución del uso a ambos cotitulares por períodos de seis meses cada uno.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2007.

178

El artículo 96 del CC no impide que otros inmuebles de los que sean titulares los cónyuges se atribuyan a uno u otro para su administración. Así lo prevé expresamente el artículo 103.4.ª sobre entrega de bienes comunes y su administración, la falta de regulación judicial de su administración y uso puede provocar situaciones de conflicto entre éstos, en los que prevalecería, no el ordenamiento jurídico en los términos recogidos en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sino factores de prevalencia física o psicológica de uno respecto del otro.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2007.

179

Se desestima la demanda de desahucio por precario, ya que aunque no conste un plazo de duración de la cesión si está claro que con ella se quería dar el uso específico de hogar familiar del matrimonio y los descendientes del hijo de los propietarios, esa finalidad se seguirá cumpliendo aunque se haya producido la crisis conyugal lo cual excluye la situación de precario.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

180

PENSIÓN ALIMENTICIA

La falta de aplicación a sus estudios por parte de la actora, que cuenta con 27 años de edad, es tan evidente, que un simple examen de su expediente personal demuestra una notoria falta de interés por los estudios cursados; durante seis años sólo ha aprobado 5 asignaturas, todo ello demuestra que no puede reclamar ayuda para sus estudios quien no está dispuesta a estudiar, pues sin tal requisito pierde el derecho que le brinda la Ley.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 12 de julio de 2007.

181

No puede reclamarse en un proceso de ejecución de título judicial cantidad alguna por gastos extraordinarios si en la sentencia de divorcio, ratificatoria de las medidas acordadas en la precedente sentencia de separación, no se contiene pronunciamiento condenatorio al abono de un porcentaje de los gastos, sin perjuicio de que la ejecutante pueda iniciar un proceso declarativo.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 17 de julio de 2007.

182

Se acuerda la extinción de la pensión alimenticia pues la situación de necesidad ha sido creada deliberadamente por el propio alimentista al cesar voluntariamente en la relación laboral que venía desarrollando con el pretexto de continuar sus estudios.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de julio de 2007.

183

Los gastos de «educación» se pactaron como extraordinarios, y aunque en puridad no lo sean —artículo 259 del Código de Familia—, como afirma el apelante, la realidad es que los propios progenitores convinieron de forma expresa y, dado que las actividades extraescolares son, obviamente, gastos de educación, habrán de ser satisfechas por mitad.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 5 de septiembre de 2007.

183

Teniendo en cuenta que el hijo ha cursado en el último año académico quinto de Medicina, estimamos que el señalamiento judicial del 20% de los haberes del progenitor, así como la mitad de los gastos extraordinarios de matrícula y libros que sean necesarios para concluir sus estudios médicos, incluido el MIR, constituye un pronunciamiento justo y ponderado.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2007.

184

A efectos de fijar la pensión no pueden tenerse en cuenta exclusivamente las declaraciones fiscales que no suelen responder a la realidad de la explotación.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2007.

185

Hay dos hechos que conducen a afirmar que éstos no son los ingresos reales del padre, por un lado, que limite su actividad laboral a sólo cuatro tardes a la semana, a razón de cuatro horas al día y, por otro, no deja de ser sorprendente la reducción progresiva de su actividad en los últimos años, acentuada aun más tras el inicio del proceso matrimonial. La pasividad o desidia del obligado al pago, es decir, la carencia de ingresos imputable a su sola voluntad, no puede eximirle del cumplimiento de sus obligaciones y menos para con sus hijos en edad de formación.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007.

185

PENSIÓN COMPENSATORIA

Fijación de una pensión compensatoria temporal ya que la ex esposa vive en una casa propia, libre de cargas; tiene en la actualidad 47 años y goza de buena salud; no existirá una dedicación futura a la familia porque los hijos han quedado en compañía de su padre, es una persona que ha estado plenamente insertada en el mundo laboral, y que por causas que se desconocen no desea reincorporarse, cuando en cualquiera de las ocupaciones (camareros y auxiliares de geriatría) hay una gran demanda laboral.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de julio de 2007.

187

El mero transcurso de 10 años no puede constituirse en causa de extinción del derecho a la pensión, únicamente son causas las contempladas en el artículo 100 del CC.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de julio de 2007.

188

Extinción de la pensión compensatoria al quedar acreditado que el ex esposo ha vendido el negocio de carnicería y sufre una depresión que ha motivado que se le declare en situación de invalidez permanente, sin que sea obstáculo para ello que, en un informe de detective privado, haya quedado acreditado que la actual compañera es la que regenta la carnicería y que aquél acude algunos días al establecimiento.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 11 de julio de 2007.

188

La pensión llamada de alimentos reconocida en favor de esposa no puede considerarse que tuviera la naturaleza de pensión compensatoria, pues para cada una de ellas se estableció en el convenio lo que las partes tuvieron por conveniente; la esposa renunció a la pensión compensatoria, por lo que no puede ahora ir en contra de sus propios actos y solicitar su fijación en el procedimiento de divorcio.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de julio de 2007.

189

Los tribunales suelen fijar entre un 35 o un 40% de los ingresos para el cálculo de la pensión compensatoria. Los datos que han de pesar decisivamente para determinar el más alto de ambos son, claro es, los años de convivencia, el hecho de que siempre los ingresos de la unidad familiar provinieron del trabajo del esposo y la edad actual de la apelante —68 años—.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de julio de 2007.

190

Hay que reconocer que la actora ha trabajado en empresas de quien fue su marido pero ello no impide que se aprecie la necesaria experiencia que ha tenido ocasión de atesorar, lo que hace

presumir la capacidad para obtener trabajos relacionados con la actividad que hasta su momento vino desarrollando, por lo que se estima prudencial establecer una pensión compensatoria durante cinco años.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de julio de 2007.

191

El hecho de haber optado la ex esposa por dejar libre la vivienda familiar y adquirir otra de 60 m² útiles que se abonará mediante un préstamo hipotecario durante veinticinco años, contando para ello con la ayuda de sus dos hijos, no es causa para extinguir la pensión compensatoria.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 7 de septiembre de 2007.

191

Ciertamente, el trabajo es tanto un derecho como un deber (artículo 35.1 CE) y el artículo 7.2 del CC proscrib el abuso de derecho cual sucedería si, pudiendo, el beneficiario de la pensión, no actúa para hacer desaparecer el desequilibrio que la motivó pero como no consta en las actuaciones prueba de esta desidia en la búsqueda de trabajo no se accede a la petición de extinción de la pensión.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2007.

192

No es óbice al establecimiento de la pensión compensatoria que conste la renuncia en el convenio regulador, pues lo que no es de recibo es considerar la vigencia del convenio parcialmente y sólo en lo que perjudica al contrario considerarlo vigente y desplegar su eficacia. Además, hay que tener en cuenta que no se ratificó judicialmente por lo que no se cumplió la condición pactada.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2007.

193

CONVENIO REGULADOR

Alega la esposa la nulidad de la renuncia prestada respecto del uso de la vivienda familiar en base a lo establecido en el artículo 6.2 del CC, pero el motivo es inatendible en tanto en cuanto el acuerdo fue homologado por el Juez que dictó sentencia. Lo que se pretende ahora es una revisión del pronunciamiento vulnerando las consecuencias del instituto de la cosa juzgada.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2007.

194

CUESTIONES PROCESALES

Si en el escrito de contestación a la demanda no se solicitó la custodia, no puede introducirse esta petición en el escrito interponiendo el recurso de apelación.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 3 de julio de 2007.

195

Competencia de los juzgados y tribunales españoles para conocer de la demanda de separación interpuesta por la esposa en nuestro país, al tener ésta nacionalidad española y llevar residiendo en España más de seis meses, siendo indiferente que el último domicilio estuviese en Suecia y que allí tenga su residencia el esposo, al ser aplicable el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de Europa.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de julio de 2007.

195

La vista a la que se refiere el artículo 49 bis de la LEC es la del procedimiento principal y no la de medidas provisionales, por lo que la competencia para conocer del procedimiento civil es del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Barcelona.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 25 de julio de 2007.

196

Es temeraria la conducta de la demandante que, en tan corto espacio de tiempo desde que se tramitó el procedimiento de separación, solicita ahora la privación de la patria potestad cuando en aquel momento interesó que ésta fuese compartida. Por ello, es procedente la condena en costas.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2007.

197

No procede acordar la nulidad de actuaciones porque se haya atribuido la guarda y custodia a los abuelos paternos aunque no fuesen parte en el procedimiento ya que el interés público es el que preside estos procedimientos e informa de las medidas a adoptar en relación con los hijos menores de edad al tener que tomar siempre como referencia el principio del interés superior de los menores.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2007.

198

Aun cuando se reconoce que, por problemas técnicos, no ha quedado debidamente registrada en soporte magnético la vista, siendo el objeto del recurso puramente económico y pudiendo la Sala comprobar toda la información a través de la documentación aportada por las partes, no se accede a la petición de nulidad de actuaciones planteada por el apelante.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007.

199

Si bien el señalamiento de alimentos a los hijos mayores de edad que se encuentren en el caso previsto en el artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil no requiere que éstos participen en el proceso en cuestión, estando legitimado para pedirlos el progenitor con el que convivan, no sucede lo mismo en el caso contrario, de que se pretenda declarar extinguido ese derecho, en cuyo caso deberán necesariamente ser parte.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

200

La exigencia impuesta por el juez *a quo* de que en el convenio del divorcio se incluya la liquidación del régimen económico-matrimonial es totalmente injustificada.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 28 de septiembre de 2007.

200

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El Tribunal de instancia carece de facultades para apreciar de oficio tanto la prescripción como la caducidad del derecho a solicitar la ejecución.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 4 de julio de 2007.

201

Aunque ha transcurrido el plazo fijado para la atribución del uso de la vivienda familiar, no procede que en fase de ejecución de sentencia se acuerde el lanzamiento de la parte ejecutada ya que, al igual que la ejecutante, es copropietario del inmueble y por tanto tiene derecho a seguir utilizándola.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 12 de julio de 2007.

202

No puede concluirse que el incumplimiento del régimen de visitas pueda achacarse al padre, por lo que procede dejar sin efecto el requerimiento efectuado manteniendo no obstante el acuerdo adoptado en dicho auto relativo a que la unidad familiar acuda a la Unidad de Orientación a la Familia dependiente de la CAM, tal y como se había propuesto por el equipo psicosocial.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de julio de 2007.

203

Estimación de la oposición a la ejecución de un pacto del convenio regulador, habida cuenta que cumpliéndose la condición resolutoria que en éste se contenía quedaba sin efecto la obligación que se pretende ejecutar.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 3 de septiembre de 2007.

206

Se desestima la demanda de restitución de la menor ya que según resulta del informe pericial obrante en los autos y de los informes del Colegio en el que la menor está escolarizada, está plenamente integrada en su nuevo medio, coligiéndose del informe pericial que la separación de la menor de su madre, que ha venido cuidándola desde su nacimiento, pondría a la menor en grave situación de riesgo, causándole incluso, posiblemente, un conflicto de identidad, con sentimientos de pérdida y abandono, inseguridad y desorientación en un período evolutivo significativo y decisivo para su desarrollo.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2007.

206

Teniendo en cuenta que en el acto del interrogatorio la madre justifica la falta de comunicación con el padre en razón de la voluntad de las hijas, se acuerda que continúe la ejecución ya que la madre deberá propiciar las pautas y los presupuestos personales y familiares necesarios que permitan el efectivo cumplimiento del régimen de visitas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de septiembre de 2007.

208

No es momento procesal el acto de la vista para solicitar la ampliación de la ejecución, y menos si se tiene en cuenta que no ha asistido a dicho acto el ejecutado, ni su defensa ni representación, lo que determina la vulneración del principio de contradicción en el proceso civil, de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de septiembre de 2007.

209

REGÍMENES ECONÓMICOS

Estando disuelta la sociedad de gananciales, se concede autorización para la venta de bienes comunes (fondos de inversión y títulos valores) a fin de cubrir los gastos de la operación de la hija común.

AP Jaén, Sec. 2.ª, Auto de 4 de julio de 2007.

210

Se desestima la petición de nulidad de la escritura de aportación de bienes a la sociedad de gananciales en base a inexistencia de consentimiento, a causa de la situación de deterioro mental que sufría y que le impedía regir adecuadamente su persona y bienes y discernir el alcance de sus actos, toda vez que esta alegación es contradictoria con seguir desempeñando un trabajo que exigía un cierto grado de concentración, pues mecanografiaba los informes médicos que se efectuaban en la clínica en la que trabaja. El perito psicólogo no pudo más que teorizar, sin llegar a afirmar la eliminación de las facultades mentales de su paciente cuando celebró el negocio jurídico que se pretende anular.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 6 de julio de 2007.

211

La fase de formación de inventario no es la adecuada para pronunciarse acerca de las cuestiones litigiosas que puedan suscitarse respecto de la titularidad de los bienes que figuran a nombre de un tercero y se solicita su inclusión.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de julio de 2007.

213

Darle a la escritura pública un valor absoluto en cuanto al contenido de las declaraciones vertidas en ella por las partes contratantes carece de sentido cuando algunas de aquéllas consta

que no se compadecen con la realidad, al ser además un hecho notorio y habitual en la praxis negocial que el precio declarado en las escrituras de compraventa sea inferior al real por motivos fiscales. De la cuenta de la que eran titulares el esposo, su hermana y su madre, el mismo día de la compra de la vivienda ganancial consta la expedición de dos talones, docs. 19 y 20, por importe de 1.800.000 pesetas y 5.500.000 pesetas, curiosamente coincidentes con el precio de mercado del piso.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de julio de 2007.

215

Que la determinación del régimen económico-matrimonial no sea un objeto propio del litigio de divorcio es cuestión que puede discutirse, pero en todo caso ello no parece pueda impedir que se efectúe esa declaración en orden a facilitar la liquidación del régimen económico-matrimonial, respecto del cual la sentencia firme produce la disolución, según dispone el artículo 95 del CC.

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 2007.

216

Los pagos de las cuotas de amortización del préstamo, aunque no fuese hipotecario, efectuados desde el nacimiento de la sociedad de gananciales, han de reputarse hechos con cargo a los bienes de naturaleza ganancial y, por ello, como se ha razonado, la parte proporcional de la propiedad de la vivienda deberá ser reconocida con ese carácter ganancial. Proporción que debe calcularse sobre la base de las cantidades netas destinadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales a la amortización del principal del préstamo.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de junio de 2007.

217

Existencia de cosa juzgada en la solicitud de inclusión de deuda en el pasivo de la sociedad de gananciales, ya que con anterioridad interpuso una demanda contra la esposa reclamando el importe de un supuesto préstamo que tanto el esposo como la madre de éste le hicieron a aquélla para pagar la hipoteca de la vivienda que tenía carácter privativo.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de julio de 2007.

218

Se considera privativo el inmueble adquirido por el esposo al no acreditarse que se adquiriese conjuntamente con la esposa, además, se desestima la alegación efectuada por ésta en cuanto a que la modificación del régimen económico-matrimonial que regía su matrimonio era una mera apariencia formal.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2007.

219

Estimada la acción rescisoria por fraude de acreedores se declara la nulidad de la adjudicación a la esposa del inmueble que se efectuó en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 7 de septiembre de 2007.

221

El resultado de la prueba practicada evidencia que no puede entenderse acreditado, en modo alguno, que exista identidad entre el negocio de café-bar que el demandado vino regentando en el Centro Cívico y el negocio de café-bar que, ya vigente la sociedad conyugal, se instaló en local ganancial en el año 1998, se trata de negocios diferentes aunque ambos fuesen regentados principalmente por el demandado, sin olvidar que el local en el que se instaló el nuevo café-bar era ganancial. Por tanto, se declara la calificación como ganancial del negocio de café-bar y su inclusión en el activo de la sociedad de gananciales resulta incuestionable.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2007.

222

No se aprecia simulación en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los demandados ni la existencia de fraude de los acreedores del marido, ya que a la fecha de la firma de las

capitulaciones no existía deuda alguna del esposo y la relación de servicios entre la entidad actora y el demandado ni siquiera había comenzado.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2007.

223

En ausencia de declaración expresa de carácter privativo de aportación alguna por parte del esposo, con omisión de anuncio concreto de reserva o condición sobre las cantidades ingresadas, ni mención sobre el derecho de reembolso, es evidente la voluntad del consorte de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no precede ningún derecho de reembolso, ni inclusión en el pasivo societario de ningún derecho de crédito a favor de aquél.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2007.

226

No puede admitirse la tesis del esposo en cuanto a que no hay compraventa a plazos sino al contado, aunque junto a ella se constituyese una hipoteca.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2007.

227

La atribución del uso de la vivienda familiar no debe tener reflejo en la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo improcedente incluir en el activo un crédito frente a la esposa equivalente al importe del alquiler de una vivienda.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2007.

228

Se desestima la demanda interpuesta por el comprador a fin de que los cónyuges otorgasen escritura pública de venta, al no constar el consentimiento de la esposa habiendo sido suscrito el contrato privado exclusivamente por el esposo. No es obstáculo que la esposa estuviese presente en el momento de la firma, dado que ésta no puso su rúbrica en el contrato y puso reticencias a la venta.

AP Murcia, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2007.

229

Se desestima la acción de rescisión por lesión (artículo 1076 del CC) al estar caducada la acción, debiendo iniciarse el cómputo desde la fecha de suscripción del convenio regulador.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2007.

231

En el pasivo del inventario de la sociedad ha de incluirse no sólo el capital del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y que está pendiente de amortizar, sino también los intereses que, no habiéndose devengado aún, figuren en las tablas de amortización.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2007.

232

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No existió ningún vicio en el consentimiento que prestó la madre en fase administrativa para la constitución del acogimiento preadoptivo, ya que fue informada a través de un intérprete, en su propia lengua, del significado y consecuencias del paso que daba en aquellos instantes, habiéndose acreditado la determinación de aquélla en su propósito de entregar a la menor de una forma irreversible.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de julio de 2007.

232

Alega el padre que la situación de desamparo es únicamente achacable a la madre ya que él tenía una orden de alejamiento, sin embargo la situación de abandono de las menores, según se desprende de los abundantes informes obrantes en los autos, venía ya produciéndose con anterioridad a que se prohibiera al hoy recurrente aproximarse a sus hijas, que las niñas

aparecían con ropa inadecuada, faltas de higiene y la alimentación insuficiente, presentando además un retraso madurativo y en el lenguaje.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2007.

234

No ha lugar a fijar régimen de visitas ya que el menor no conoce a los padres biológicos, sus únicas figuras parentales de referencia son los padres acogedores, no existe vinculación afectiva alguna entre los padres biológicos y el menor, por lo que tal y como se indica en el informe técnico, la incorporación de los padres en la vida del menor interferiría en su estabilidad cognitiva, emocional y comportamental.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2007.

235

Se desestima la constitución de la tutela ordinaria de un menor marroquí, puesto que ha de aplicarse la ley personal del menor, esto es, la ley marroquí.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 15 de septiembre de 2007.

236

La existencia de un acta de conformidad de la madre biológica de la menor, quien autoriza que la hija se traslade a España delegando la guarda y custodia de la niña a los adoptantes y dando su consentimiento irrevocable para la adopción, no supone que se haya constituido un acogimiento preadoptivo ni tampoco una situación legal de tutela, por lo que es imprescindible la intervención de la autoridad administrativa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de septiembre de 2007.

238

FILIACIÓN

El documento en el que consta la declaración de dos personas en relación con la impugnación de la paternidad es más que suficiente para admitir a trámite la demanda de filiación.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 20 de septiembre de 2007.

240

Estimada que ha sido plenamente la demanda principal, declarando la sentencia la paternidad del demandante respecto del hijo de la interpelada, en detrimento de los postulados optativos de la demandada, la imposición a esta última de las costas de primera instancia resulta inobjetable, y responde sin estridencias al principio de autorresponsabilidad que informa el precepto.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

241

No se ve ningún obstáculo desde el punto de vista de la competencia para que el Juzgado de Primera Instancia ordinario conozca de la acción de reclamación de paternidad y de la acumulada de fijación de pensión alimenticia.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

242

UNIONES DE HECHO

Habiendo reconocido la conviviente que desde al menos seis años viven en domicilio distintos, no se fija pensión por el cese de convivencia.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 19 de septiembre de 2007.

243

Tampoco se dan los requisitos para considerar la existencia de la comunidad de bienes, pues de la abundante prueba practicada no se desprende una voluntad inequívoca de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia, así no constan cuentas corrientes de titularidad conjunta. Además es patente que la convivencia de los litigantes no tuvo ninguna trascendencia en parte de los bienes adquiridos durante ésta. Aunque el inicio hubiera sido anterior a 1983 la convivencia hubiera tenido escasa incidencia en la adquisición de la vivienda familiar, dado que en el momento de esta adquisición su duración era reducida. Por otra parte, una porción significativa del patrimonio mobiliario del demandado procede de herencias.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

244

No se considera que haya existido en los convivientes voluntad de crear una comunidad de bienes, ya que no figura bien alguno adquirido en dicha forma participada ni tampoco consta la existencia de cuentas bancarias abiertas en cotitularidad o en las que se hubiera autorizado para disponer al no titular.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

245

CUESTIONES PENALES

El cambio de cerradura en un bien ganancial, por la propia esencia de lo que es el régimen de la sociedad legal de gananciales, no es constitutivo de un delito o falta de coacciones, donde el elemento nuclear del tipo es quien no estando legítimamente autorizado actúa en un determinado sentido.

AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de julio de 2007.

246

El no abonar las cuotas de la hipoteca y demás gastos de la vivienda (IBI o comunidad de propietarios) no son elementos que integran el tipo del delito de abandono de familia.

AP Valladolid, Sec. 4.ª, Auto de 13 de julio de 2007.

247

Condena a unos padres por los delitos de violencia familiar y abuso sexual, poniéndose de manifiesto la desafortunada actuación de la Diputación Foral que debió retirar a los hijos años antes.

AP Guipúzcoa, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de julio de 2007.

249

Se acuerda el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones incoadas en virtud de la denuncia efectuada por el ex esposo contra su ex mujer dado que la apropiación denunciada tiene lugar en el seno de una separación sentimental en la que no ha tenido lugar la disolución de la sociedad de gananciales.

AP Madrid, Sec. 16.ª, Auto de 27 de julio de 2007.

253

Se absuelve al esposo de un delito de quebrantamiento de condena dado que tiene una limitación en su capacidad de conocimiento que ha diagnosticado la señora psicóloga forense y no se ha acreditado si éste comprendía que la obligación que le había impuesto el Juzgado de Violencia sobre La Mujer implicaba que no pudiera ir a buscar a sus hijos al portal del domicilio conyugal.

AP Madrid, Sec. 17.ª, Sentencia de 3 de septiembre de 2007.

254

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

Se acuerda la custodia compartida permaneciendo la menor en el domicilio familiar y alternándose los padres mensualmente en su custodia, evitándose de esta manera que la hija sea sometida a continuos cambios de domicilio, garantizándose además la continuidad de la niña en su ambiente cotidiano.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 20 de Palma de Mallorca, Auto de 25 de octubre de 2007.

258

Acreditada que la voluntad del hijo de no relacionarse con su padre ha sido dirigida y manipulada por la madre, se acuerda el cambio de custodia, si bien, dada la animadversión que tiene el menor frente al padre, se acuerda que transitoriamente el menor se traslade a convivir con la abuela paterna.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 14 de Bilbao, Sentencia de 26 de octubre de 2007.

259

Aunque la menor seguirá teniendo su domicilio legal en casa de la madre, se acuerda la custodia compartida pudiendo la hija, de 16 años, como lo hace actualmente, acudir indistintamente a comer y a dormir indistintamente a casa del padre o de la madre.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 17 de Sevilla, Sentencia de 28 de diciembre de 2007.

268

Tras reiterados intentos de que la menor fuera recuperando una relación maternofilial absolutamente deteriorada, no se han obtenido éxitos significativos, a consecuencia de que la hija se encuentra en un grado de alienación severa, en el que, dada su edad, (13 años) se hace sumamente difícil un reconocimiento y reorientación psicológica del convencimiento de aversión y rechazo.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 18 de enero de 2008.

269

RESOLUCIONES DE LA DGRN

ADOPCIÓN

No se inscribe la adopción constituida en Brasil ya que cuando se constituyó ésta los adoptantes estaban domiciliados en España y por tanto era necesario que contasen con la declaración de idoneidad del adoptante otorgada por la entidad pública competente.

Resolución de 17 de septiembre de 2007.

273

Se admite el cambio de nombre de un menor extranjero adoptado al considerarse beneficioso para su interés.

Resolución de 1 de octubre de 2007.

273

INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

Se deniega la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español al no acreditarse que su padre fuese español, ya que según consta en la inscripción de nacimiento, las personas que constan en ésta no son padres biológicos ni adoptivos.

Resolución de 28 de septiembre de 2007.

274

VIVIENDA FAMILIAR

Inscripción del derecho de uso atribuido al esposo respecto de la vivienda que adquirió la esposa con posterioridad a dictarse la sentencia que atribuyó tal uso y que anteriormente se encontraba inscrita a nombre del INVIFAS.

Resolución de 19 de septiembre de 2007.

275

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se deniega la inscripción como privativa de una vivienda adquirida constante el matrimonio al no haberse acreditado suficientemente el carácter privativo del precio o contraprestación, no siendo suficiente que dicho importe se extrajese de una cuenta de la que sólo era titular el esposo.

Resolución de 25 de octubre de 2007.

275

SUCESIONES

Validez y eficacia del testamento otorgado ante Notario español por un súbdito inglés respecto a un bien que se encuentra en nuestro país.

Resolución de 24 de octubre de 2007.

278

Se deniega la anotación preventiva de la demanda dirigida contra los herederos desconocidos de una persona fallecida al no garantizarse una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada.

Resolución de 5 de noviembre de 2007.

280

SECCIÓN PRÁCTICA

Trámites a seguir para la liquidación de la sociedad de gananciales cuando ha fallecido alguno de los cónyuges.

285

Casos prácticos.

295

TRIBUNA ABIERTA

¿Puede reconocerse a una conviviente el derecho a visitar y relacionarse con el hijo de su ex compañera? <i>Aurelia María Romero Coloma</i>	307
--	-----

Reflexiones sobre el Síndrome de Alienación Parental. <i>Carmen Varela</i>	313
---	-----

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Jornada Internacional sobre Derecho de Familia en Roma <i>Jorge A. Marfil</i>	317
Datos de interés.	319

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Separación, divorcio y nulidad matrimonial.	325
Patria potestad.	325
Guarda y custodia.	326
Régimen de visitas.	327
Vivienda y ajuar familiar.	328
Pensión alimenticia.	329
Pensión compensatoria.	330
Cuestiones procesales.	331
Convenio regulador.	332
Ejecución de sentencias.	333
Regímenes económico-matrimoniales.	334

Procedimientos de menores.	335
Filiación.	336
Uniones de hecho.	336
Eficacia civil de resoluciones canónicas.	337
Cuestiones penales.	337
Cuestiones registrales.	338
Sucesiones.	338
Otras cuestiones.	339

Revista de **Derecho de** **familia**

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

RESUMEN

La existencia de matrimonios entre cónyuges que tienen distinta nacionalidad y entre españoles que tienen distinta vecindad civil genera una importante problemática en torno a la determinación del régimen económico-matrimonial que le es aplicable. En el presente artículo se analiza con minuciosidad la ley aplicable para la determinación del régimen teniendo en cuenta tanto la legislación nacional –con las diversas modificaciones que en el tiempo se han ido produciendo– como la internacional. Junto a ello se aborda todo lo relativo a la vecindad civil en relación con el régimen económico-matrimonial y, desde el punto de vista procesal, el procedimiento adecuado para que los tribunales efectúen la declaración del régimen por el que se viene o se ha venido rigiendo el matrimonio.

ABSTRACT

The existence of marriages among spouses that have different nationality and among Spaniards that have different civil vicinity generates an important problematic around the determination of the matrimonial economic regime that it is applicable to them. In the present article is analyzed with thoroughness the applicable law for the determination of the regime keeping so much in mind the national legislation –with the diverse modifications that have taken place– as the international one. Next to it is approached everything relative to the civil vicinity in connection with the matrimonial economic regime and, from the procedural point of view, the appropriate procedure so that the tribunals make the declaration of the regime for which the marriage is or has been ruling.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL MEDIANTE EL OTORGAMIENTO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES

III. CONTROVERSIAS EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL CUANDO NO SE HAN OTORGADO CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y AMBOS CÓNYUGES TIENEN DISTINTA NACIONALIDAD

IV. CONTROVERSIAS EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL CUANDO NO SE HAN OTORGADO CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y AMBOS CÓNYUGES SON ESPAÑOLES PERO TIENEN DISTINTA VECINDAD CIVIL

IV.1. Régimen económico de los matrimonios celebrados antes de la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre

- A) Planteamiento del problema. B) Posición de la doctrina respecto a la cuestión. C) Posición del Tribunal Supremo. D) Posición del Tribunal Constitucional. E) Conclusiones.

IV.2. La vecindad civil y el régimen económico-matrimonial

- A) Principio de *ius sanguinis*. B) Opción por razón de matrimonio. C) Por residencia.

A) POR RESIDENCIA CONTINUADA DURANTE DOS AÑOS, SIEMPRE QUE EL INTERESADO MANIFIESTE SER ÉSA SU VOLUNTAD. B) POR RESIDENCIA CONTINUADA DE DIEZ AÑOS, SIN DECLARACIÓN EN CONTRARIO DURANTE ESE PLAZO.

- D) *Ius soli*. E) Vecindad civil por adquisición de la nacionalidad española.

IV.3. Resolución de conflictos en la determinación del régimen económico

- A) Régimen económico legal que se aplique en virtud de la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo. B) Régimen económico que se aplique por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio. C) Régimen económico que se prevea por la legislación civil de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. D) Régimen económico que, a falta de pacto, se regula en la legislación civil del lugar de celebración del matrimonio.

IV.4. El cambio de residencia de los cónyuges en relación con el régimen económico matrimonial

IV.5. ¿Puede aplicarse la doctrina de los actos propios de los cónyuges en relación con la determinación del régimen económico?

V. PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

Aunque en la mayoría de los casos haya certeza respecto al régimen económico por el que se rige el matrimonio y para la resolución de las controversias que surjan respecto a la gestión, administración y disposición de los bienes, o en cuanto a su disolución y liquidación, bastará con acudir a la normativa que lo regula, existen supuestos en los que la determinación del régimen económico no queda suficientemente acreditada y se constituye en un importante obstáculo que paraliza, hasta su resolución, cualquier decisión que deba adoptarse en un litigio de carácter patrimonial entre cónyuges e incluso en el que se haya iniciado frente a los cónyuges por terceras personas que, por ejemplo, persiguen el embargo de los bienes de aquéllos.

La problemática se presentará no sólo cuando los cónyuges tengan distinta nacionalidad, sino que, posiblemente, los casos más complicados de resolver sean aquellos en los que, siendo ambos cónyuges de nacionalidad española, tienen distinta vecindad civil surgiendo un conflicto de leyes entre el derecho civil común y los derechos civiles especiales o forales, o entre estos últimos.

La determinación del régimen económico no es a veces una cuestión de fácil resolución para los profanos en derecho. Existen muchos supuestos en que los cónyuges pueden estar en la creencia de que tienen un determinado régimen económico cuando en realidad, por aplicación de las normas relativas a la ley personal y las de conflicto previstas en el Código Civil, tienen otro. Basta simplemente pensar en aquel matrimonio que cree que se encuentra en separación de bienes porque el matrimonio se celebró en una comunidad foral, cuando según la normativa aplicable se rige por el sistema de gananciales. También podemos citar aquellos matrimonios que van cambiando de residencia y en las distintas escrituras de inmuebles que van adquiriendo hacen constar que se encuentran casados en régimen de separación de bienes o de gananciales en función de la costumbre del lugar.

El tema que analizamos tendría fácil solución si se obligase a los cónyuges a hacer constar en la inscripción de matrimonio el régimen económico por el que va a regirse. Como señala el notario Honorio Romero, el Código Civil se ha preocupado cuidadosamente de la regulación de las capitulaciones matrimoniales como medio hábil para establecer, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio y de su publicidad

en los Registros Públicos (Registro Civil, Registro de la Propiedad y Mercantil) y sin embargo, no ha previsto ninguna forma de hacer constar dicho régimen en los casos en que los cónyuges al contraer matrimonio no hacen manifestación alguna en tal sentido ya por desconocimiento, ya por despreocupación y que son mayoritarios en la realidad. La necesidad de que el régimen económico-matrimonial, ya sea el pactado, ya sea el legal supletorio, se haga constar en el Registro Civil en el momento de la celebración del matrimonio cumpliría dos finalidades: a) Los contrayentes, a través del expediente matrimonial, ya se habrían informado de que la vecindad civil y el régimen económico de su matrimonio son cuestiones importantes que deberán tener en cuenta en su condición de sujetos de las distintas relaciones jurídicas en que intervengan. a) Los terceros que estén interesados en conocer el régimen económico del matrimonio, bastará con que soliciten información del Registro Civil para estar adecuadamente informados. No resultaría nada complicado añadir en el expediente matrimonial un apartado referente a la vecindad civil de los contrayentes y su régimen económico-matrimonial. Ello clarificaría muchas situaciones, elevaría la cultura jurídica de la sociedad en general y contribuiría al logro de la seguridad jurídica, mediante la determinación de la norma aplicable a la relación planteada, y no como sucede en muchos casos actualmente, tanto en el aspecto familiar como el sucesorio, en que a un aragonés, se le aplica la ley catalana, o al contrario, y esto es como si a un alemán se le aplicara la ley francesa. Por ello es esencial que en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil se haga constar el régimen económico del matrimonio, ya desde el momento de la celebración, y no sólo cuando existan capitulaciones matrimoniales, sino en todos los casos. Para conseguir esta finalidad, con los efectos favorables apuntados, es preciso modificar la ley en el sentido de que en el propio expediente matrimonial, tramitado ante el Juez o funcionario competente, o bien uniendo al expediente la documentación que se estimase conveniente, como, por ejemplo, un acta notarial, se haga constar el régimen económico del matrimonio determinado en base a los datos aportados por los contrayentes relativos a su vecindad civil, y a lo dispuesto, lógicamente, en la ley. Hay que tener en cuenta que la legislación del Registro Civil no indica nada al respecto, por lo que los cónyuges de distinta vecindad civil, en muchos casos –sobre todo cuando no han acudido a un profesional del derecho– podrán encontrarse con el tiempo con importantes sorpresas. Para paliar estas situaciones, algunas legislaciones forales, como la aragonesa, intentan que el régimen económico-matrimonial se haga constar en la inscripción de matrimonio. En el artículo 11 de la Ley de régimen económico-matrimonial y viudedad, de 12 de febrero de 2003, se indica que «Quienes, por razón de su cargo o profesión, intervengan en todo expediente matrimonial procurarán que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes y les informarán sobre las posibilidades y consecuencias en orden al régimen económico-matrimonial de acuerdo con la legislación aplicable». En el Preámbulo se justifica la necesidad de este precepto: «Es una novedad la colaboración requerida en el artículo 11 a quienes por su cargo o profesión intervienen en un expediente matrimonial. Como es sabido, el grave problema que para los derechos de los cónyuges y la seguridad jurídica de quienes con ellos se relacionan supone la indeterminación o ignorancia del régimen matrimonial aplicable a aquéllos en razón de su distinta vecindad civil o de otras vicisitudes ha sido señalado reiteradamente desde hace decenios, sin que se vislumbre una solución legislativa próxima. El artículo 11 supone una aportación modesta que, si encuentra eco en la práctica, podrá servir para mitigar unos inconvenientes a los que sólo el legislador estatal puede hacer frente de manera directa y en su integridad».

A continuación vamos a analizar las controversias que se presentan en la determinación del régimen económico-matrimonial.

II. LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL MEDIANTE EL OTORGAMIENTO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Dispone el artículo 1315 del CC que «El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código» y el artículo 1325 del CC indica que «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo».

Por consiguiente, los cónyuges pueden antes de que se celebre el matrimonio determinar qué régimen económico va a regir a partir del día en que se contraiga (lo estipulado en capitulaciones, tal y como indica el artículo 1334 del CC quedará sin efecto en el caso de no contraerse el matrimonio en el plazo de un año). Si las capitulaciones matrimoniales se otorgan con posterioridad, el efecto que tendrán será la extinción del antiguo régimen y su sustitución por otro distinto.

Conforme a lo indicado en el artículo 9.3 del CC, «Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento».

Cuando dos personas de distinta vecindad civil van a contraer matrimonio y quieren otorgar capitulaciones matrimoniales, señala el notario Honorio Romero que hay que tener especial cuidado a fin de distinguir en el documento dos aspectos esenciales: a) El pacto en virtud del cual determinan, conforme a los puntos de conexión establecidos en el artículo 9.2 del Código Civil, cuál va a ser la ley que regula los efectos de su matrimonio. b) El pacto por el que establezcan el régimen económico de su matrimonio. Si únicamente fijan el primer punto, el régimen económico del matrimonio será el legal supletorio previsto en la ley a la que han sometido los efectos de su matrimonio. Si solamente pactan el régimen económico-matrimonial, la ley que rige los efectos de su matrimonio se determinará conforme a los criterios ya vistos del artículo 9.2 del Código Civil.

Teniendo en cuenta que el próximo tema está dedicado en exclusiva a las capitulaciones matrimoniales, a los comentarios que allí se hacen nos remitimos en este momento.

III. CONTROVERSIAS EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL CUANDO NO SE HAN OTORGADO CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y AMBOS CÓNYUGES TIENEN DISTINTA NACIONALIDAD

Establece el artículo 9.1 del CC que «la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad», por lo que cuando se celebra un matrimonio mixto

(nacional y extranjero/a) nos encontramos con el problema de que a cada uno de los cónyuges se le aplica una ley. Como el matrimonio debe tener un solo régimen económico habrá que decidir qué legislación debe aplicarse para su determinación.

La primera cuestión que debemos abordar para determinar el régimen económico aplicable a un matrimonio mixto es aclarar qué nacionalidad tiene cada uno de los cónyuges en el momento en que se contrae, ya que ello nos llevará a la ley personal aplicable. Para ello habrá que estar al contenido de las legislaciones de los distintos Estados que regulan los casos de adquisición, mantenimiento y pérdida de la nacionalidad.

Despejada la duda anterior, deberá tenerse en cuenta que, cuando un tribunal español deba decidir qué legislación es aplicable para regular los efectos del matrimonio, lo que implícitamente nos llevará al tipo de régimen económico, siempre deberá aplicar –además de oficio, según indica el artículo 11.6 del CC– lo que a tal efecto dispongan las leyes españolas, toda vez que el artículo 12.1 del CC no puede ser más concluyente: «La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española».

Veamos lo que dicen las normas españolas de conflicto. Respecto a esta cuestión es necesario aclarar que el precepto aplicable es el artículo 9 del CC y no el artículo 107 del CC, ya que el primero regula los efectos del matrimonio y el segundo de ellos los efectos de la separación, el divorcio y la nulidad, y la determinación del régimen económico matrimonial es un efecto del matrimonio.

Conforme a lo establecido en el artículo 9.2 del CC, el régimen económico vendrá determinado:

– Por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo.

Al tratarse de un matrimonio celebrado en Francia en el año 1979 entre dos franceses, debe aplicarse el derecho francés y ello con independencia de que posteriormente el matrimonio fije su domicilio en Barcelona donde continuaron residiendo y donde siempre tuvieron el centro principal de intereses. AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 24 de enero de 2006.

– Si no tienen ley personal común, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio. Por tanto, en caso de matrimonios mixtos, los cónyuges tienen la posibilidad, antes de contraerlo, de otorgar capitulaciones matrimoniales (lo que les permitiría elegir el régimen económico que consideren oportuno) o de otorgar un documento auténtico eligiendo la ley personal –del futuro esposo o esposa– para que sea la que regule los efectos del matrimonio. La diferencia entre una y otra opción, además de los tipos de regímenes económicos entre los que pueden optarse, está en función de la clase de documento que debe otorgarse, ya que las capitulaciones matrimoniales requieren escritura pública (artículo 1327 del CC), mientras que el documento de opción basta que sea auténtico, lo que permite que pueda utilizarse un documento privado, si bien, para su eficacia, caso de negarse por alguno de los cónyuges, será necesario probar su autenticidad.

– A falta de esta elección, los efectos del matrimonio se regularán por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración. Es importante tener en

cuenta la matización que se hace en el precepto en cuanto a que la residencia debe ser la que hayan fijado «inmediatamente» después de celebrado el matrimonio. En este sentido deben excluirse las estancias que tengan los cónyuges en los tradicionales viajes de bodas.

Resulta aplicable la legislación española relativa al régimen de gananciales al no acreditarse ni el derecho extranjero ni la nacionalidad común en el momento de contraer el matrimonio, debiendo estarse a la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración. AP Las Palmas, Sec. 4.^a, Sentencia de 18 de enero de 2005.

Siendo al tiempo de contraerse el matrimonio el esposo español y la esposa suiza y habiéndose celebrado el matrimonio en Alemania en el año 1985, el régimen económico-matrimonial será el previsto en la legislación alemana, y aunque ninguna de las partes lo haya alegado, dicha declaración puede efectuarse de oficio. AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 17 de abril de 2007.

– A falta de dicha residencia, los efectos del matrimonio se regularán por la del lugar de celebración. Esta norma de cierre se aplicará en todos aquellos casos en los que los cónyuges no establezcan, al menos con carácter inmediato, un domicilio común.

Si alguno de los cónyuges o ambos tienen doble nacionalidad, indica el artículo 9.9 del CC que se estará a lo que determinen los tratados internacionales y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española se estará a lo que establece el apartado siguiente. El artículo 9.10 del CC señala que se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.

Al igual que tendremos ocasión de comentar en el siguiente apartado, pueden suscitarse dudas de determinación de la ley personal en función de la fecha en que se contrajo el matrimonio, habida cuenta que el artículo 9.2 del Código Civil no siempre ha tenido la misma redacción y antes de su reforma por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, daba preferencia a la ley personal del esposo como punto de conexión para determinar los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, debiendo recordarse que la STC 39/2002, de 14 de febrero, declaró inconstitucional y derogado por la Constitución el artículo 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el texto articulado aprobado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración». Por tanto, y éste es el criterio general, desde la entrada en vigor de la Constitución Española, la determinación de la ley personal en un matrimonio mixto no puede efectuarse atendiendo, a falta de pacto previo, a la ley personal del marido, sino que en estos casos se acude al punto de conexión del lugar de residencia de los cónyuges con posterioridad al matrimonio.

Debe considerarse que rige el régimen económico de la sociedad de gananciales cuando no existe nacionalidad común de los cónyuges, no consta la elección de ambos por documentos auténticos otorgados antes del matrimonio y la ley de celebración y la de residencia es la española. AP Sevilla, Sec. 6.^a, Sentencia de 29 de junio de 2004.

Habiéndose contraído el matrimonio en el año 1983 en Alicante entre un austríaco y una española, el régimen económico que debe aplicarse al mismo es el sistema de sociedad de gananciales, al no ser de aplicación el artículo 9.2 del CC en su antigua redacción, ya que dicho texto fue derogado tácitamente por el apartado 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución. AP Murcia, Sec. 5.^a, Sentencia de 13 de junio de 2006.

Sin embargo, cuando el matrimonio se contrajo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española, el criterio mayoritario en la jurisprudencia es la aplicación de la legislación vigente en aquel momento. En estos casos, cuando el esposo tuviese la nacionalidad española en el momento de contraer el matrimonio, también será determinante la vecindad civil que tuviese. En relación con esta última cuestión nos surge una importante duda ¿si el esposo llevaba residiendo más de diez años en el extranjero, perdió la vecindad civil? Ciertamente, en el artículo 14 del CC (ni en la redacción anterior ni en la actualidad) no se hace la más mínima mención a las causas de pérdida de la vecindad civil, únicamente se hace referencia, entre otras, a las formas de adquisición por residencia continuada (2 o 10 años) de lo que podemos deducir que se perderá la vecindad civil por la adquisición de otra vecindad civil distinta. Sin embargo, esto sería perfectamente aplicable a los españoles que cambian de residencia dentro del territorio nacional, pero no está tan claro que también sea de aplicación cuando el cambio de residencia se produce a un país extranjero. En este caso ¿se pierde o se conserva la vecindad civil que tenían? Si conforme a lo establecido en el artículo 15.2 del CC (el texto de este precepto no ha sufrido modificación), «La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentara el interesado al tiempo de su pérdida», podemos deducir que la vecindad civil no se pierde por la residencia en el extranjero.

Habiéndose contraído el matrimonio en Argel en el año 1948 y siendo el esposo de vecindad civil mallorquina y la esposa de nacionalidad argelina, aplicando la legislación vigente en aquel momento (antiguo artículo 1325 del CC) el régimen económico por el que se vino rigiendo el matrimonio fue el de separación de bienes. AP Baleares, Sec. 5.^a, Sentencia de 15 de julio de 2002.

Por último, es necesario comentar que, surgida la controversia en cuanto a la ley personal aplicable a los efectos del matrimonio, puede suceder que cada uno de los cónyuges entienda aplicable una determinada ley personal y, sin embargo, conforme a las normas de conflicto, la ley que deba regir los efectos del matrimonio sea otra distinta. En estos casos ¿el tribunal se ve obligado, en virtud del principio de congruencia, a optar entre las leyes que alegan cada una de las partes o, por el contrario, puede declarar que la ley aplicable sea otra distinta? Contestando a esta pregunta debemos indicar que la imperatividad de las normas de conflicto faculta a los Jueces y Tribunales a introducir la aplicación del derecho extranjero que se derive de dichas normas en el procedimiento, de manera que no es imprescindible que su aplicación sea alegada por las partes, sino que puede ser introducida de oficio por el Juez. Ahora bien, sobre la aplicación del Derecho extranjero, si no es el que alegaban las partes, resulta necesario que éstas puedan hacer alegaciones en sentido contrario, para evitar indefensión, pues nuestra LEC otorga al derecho extranjero el tratamiento procesal de los hechos, hasta que son introducidos en el proceso. Por tanto, si es el propio tribunal el que ha suscitado la aplicación de un determinado derecho conforme a la norma de conflicto, debe darse a las partes –para dar cumplimiento al artículo 24 de la CE– la posibilidad de efectuar alegaciones en torno a la aplicación de la ley personal introducida de oficio por el tribunal.

IV. CONTROVERSIAS EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL CUANDO NO SE HAN OTORGADO CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y AMBOS CÓNYUGES SON ESPAÑOLES PERO TIENEN DISTINTA VECINDAD CIVIL

IV.1. Régimen económico de los matrimonios celebrados antes de la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre

A) Planteamiento del problema

Señalaba el antiguo artículo 9.3 del CC que «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales», indicando el artículo 9.2 del CC, también en su redacción originaria que «Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración». Como era lógico, dichas normas no podían coexistir con los principios que inspiraban la Constitución Española de 1978 al ser contrarias a lo establecido en el artículo 14 de la CE que consagra el principio de no discriminación de las personas por razón de sexo y el derecho a la plena igualdad jurídica en el matrimonio que reconoce el artículo 32.1 de la CE. Sin embargo, la redacción de estos preceptos, así como la del artículo 14.4 del CC («La mujer casada seguirá la condición del marido») se mantuvieron hasta la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo –reforma que, por cierto, se llevó a cabo incomprensiblemente 12 años después de la entrada en vigor de la Constitución– que dio nueva redacción a estos preceptos.

Claro, cuando se plantea qué régimen económico tiene o tuvo un matrimonio celebrado con anterioridad a esta fecha, nos cuestionamos, dado que las leyes no tienen efectos retroactivos, si a estos matrimonios se les aplicará la legislación vigente en el momento en que se contrajo o si, por el contrario, la norma constitucional tendrá alguna influencia en el tema que analizamos. Además, a su vez, tendríamos que distinguir entre aquellos matrimonios que se celebraron con anterioridad a entrar en vigor la Constitución Española y los que se celebraron con posterioridad hasta que en el año 1990 se reformó el Código Civil.

Responder a estas preguntas nos exige tener presentes dos cuestiones, la primera es que los regímenes económico-matrimoniales sólo se modifican en virtud de capitulaciones matrimoniales o, porque, aún vigente el matrimonio, concurra alguna causa legal de extinción (artículos 1393 y 1373 del CC). La segunda es que ni el cambio de nacionalidad ni de vecindad civil implica alteración alguna del régimen económico que estuviese vigente en el matrimonio desde que se contrajo.

En la Disposición Transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, se contempló la posibilidad de que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de dicha ley, la mujer casada que hubiese perdido su vecindad civil por seguir la del marido podía recuperarla. Sin embargo, nada se indicó en dicha Disposición Transitoria en relación con los regímenes económico-matrimoniales cuando el régimen vigente viniese impuesto por la aplicación del antiguo artículo 14.4 del CC, es decir, por la vecindad civil del esposo.

B) Posición de la doctrina respecto a la cuestión

Ante este problema, la doctrina entiende que para dar una adecuada respuesta jurídica hay que considerar en primer lugar que para que exista infracción de la norma constitucional, ha de darse un supuesto fundamental: los contrayentes, ambos, y por consiguiente la mujer, parte discriminada, tienen que haber renunciado, aunque sea tácitamente, a establecer el régimen económico de su matrimonio en total igualdad. Esto es, tienen que no haber suscrito capitulaciones. Esta omisión, que es necesaria para que la regla discriminatoria entre en acción, deslegitima en cierta medida a la víctima, que pudo evitar su aplicación. En segundo lugar, la regla discriminatoria conduce a la aplicación de un régimen subsidiario, el que fuere de la vecindad del varón, que no contiene desigualdad entre los esposos, al menos desde las reformas de 1981 y, aun antes, sólo en cuanto a la administración de los bienes. En base a ello, Zarraluqui llega a la conclusión de que los matrimonios contraídos tanto antes de la entrada en vigor de la Constitución como con posterioridad hasta que en el año 1990 se modificaron los artículos 9 y 14 del CC, mantienen el régimen económico que quedó determinado en el momento de su celebración sin que las posteriores reformas legislativas lo hayan alterado o sustituido.

Por su parte, Díez del Corral Rivas mantiene que la normativa anterior a la reforma de 1990 no es anticonstitucional porque no contiene una discriminación propiamente dicha en contra de la mujer, sino una discriminación formal o apariencia de discriminación, ya que la sujeción de la mujer y de los hijos a la vecindad civil del marido y del padre no es sino un recurso técnico de carácter neutro para determinar la ley aplicable a ciertas relaciones jurídicas, que no prejuzga si dicha ley será favorable o desfavorable a los intereses de unos y otros; por lo que no cabe hablar de discriminación.

C) Posición del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema en diversas ocasiones. La primera de las sentencias que insertamos a continuación es de especial importancia porque analizó los efectos que sobre el régimen económico obtenido por la preferencia de la vecindad civil del varón pudo tener la Constitución Española de 1978.

– STS de 6 de octubre de 1986.

En el caso que constituía el objeto de la litis se daban las siguientes circunstancias: El esposo, nacido en 1919 y de vecindad civil balear, se trasladó allá por el año 1947 a Las Palmas de Gran Canaria, donde contrajo matrimonio en el año 1951, teniendo la esposa vecindad civil común, sin que se otorgasen capitulaciones matrimoniales. Producida la separación canónica y tramitado posteriormente un procedimiento para la determinación del régimen económico, el Juzgado de Primera Instancia entendió que entre los cónyuges rigió el sistema legal de gananciales. Sin embargo, la Audiencia Provincial (aunque con un voto particular de uno de los magistrados) declaró que el régimen económico por el que se rigió el matrimonio fue el de separación de bienes.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por la esposa y confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo utiliza

la siguiente fundamentación jurídica «Sobrevenida la Constitución de 1978, su artículo 53.1 proclama que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades y cualquier ciudadano podrá recabar su tutela si se hallan en sede del artículo catorce y Sección primera del Capítulo segundo por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo cual y el número tres de su Disposición Derogatoria enseñan, sin lugar a duda, que se impone la aplicación directa de la Constitución mediante la también directa derogación de la totalidad de las regulaciones anteriores a ella. Por tanto, rige desde la Constitución su artículo catorce que proclama la igualdad de los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Nace así el problema de si, a la luz de esa eficacia directa del principio de no discriminación por razón de sexo debe prevalecer, para determinar el régimen económico del matrimonio, en el supuesto de los números dos y tres del artículo noveno extensible al Derecho interregional por la regla primera del artículo trece, la Ley personal del varón. Se ha propuesto como criterio alternativo para la determinación del régimen económico-matrimonial cuando los contrayentes tienen diferente ley personal, la sustitución de la ley personal del marido por otro punto de conexión que pudiera ser el de la residencia habitual de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio, inspirándose para ello en el párrafo primero del artículo ciento siete introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio. Sería éste un punto de conexión objetivo y común a ambos consortes, con plena satisfacción del nuevo principio de igualdad en el tratamiento de las relaciones entre ellos y que se aplicaría, en defecto de capitulaciones, en aquellos casos en que los contrayentes fueran de diferente legislación civil. La falta de vecindad civil común atraería la aplicación de ese otro punto de conexión por vía de analogía inspirada en el número uno del artículo cuarto y, de algún modo, en el número uno del tercero del Código Civil, precediendo a dicho punto de conexión y abriéndole el camino, el efecto derogatorio del número tres de la disposición de esa clase de la Constitución. Sin embargo, no puede aplicarse al caso esa doctrina, que es lo que pretende el motivo cuarto del recurso, improsperable habida cuenta de las fechas y vicisitudes puntualizadas en el primero de los fundamentos de la presente sentencia: no puede sostenerse que el nuevo principio constitucional de la igualdad de los sexos apareje el replanteamiento del tema de haberse establecido en mil novecientos cincuenta y uno el régimen económico fijado por la Ley vigente a la sazón y que rigió hasta la separación personal perpetua de los cónyuges ejecutoriada en mil novecientos sesenta y cinco bajo la misma Ley. No autoriza otra conclusión el haberse dilatado lamentablemente y a través de dos procedimientos, la oportuna resolución de las pretensiones tocantes a los efectos civiles económicos de la separación. El régimen económico del matrimonio de que aquí se trata no puede juzgarse, pues, sino según la legislación vigente ininterrumpidamente a lo largo de todo el tiempo en que hubo relaciones personales y consiguientemente económicas entre los cónyuges o sea de mil novecientos cincuenta y uno a mil novecientos sesenta y cinco; lo que reconduce el recurso al tema de la vecindad civil del marido al tiempo de contraer matrimonio en el año mil novecientos cincuenta y uno.

Es hecho aceptado que el marido, nacido en la Isla de Formentera de ascendientes de igual oriundez en diecinueve de diciembre de mil novecientos diecinueve, habitó en dicha isla hasta que, en el año 1947, se trasladó a la de Gran Canaria, sin que antes ni después

haya optado por otra vecindad civil que la de origen, que le correspondía, sin duda alguna, cuando contrajo matrimonio el 1951. El número tercero del artículo quince antiguo (anterior a la reforma de mil novecientos setenta y cuatro) y el mismo número del actual artículo catorce atribuyen la vecindad civil por la residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad y por la residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo; precisándose que ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil. Tales declaraciones habían de hacerse siguiendo al Real Decreto de doce de junio de mil ochocientos noventa y nueve y ahora según la Ley de Registro Civil de mil novecientos cincuenta y siete y Reglamento dictado para su ejecución. Reconocido que el marido no ha hecho declaración alguna de las recordadas y no estando transcurridos los diez años, contados desde mil novecientos cuarenta y siete, cuando contrajo matrimonio en mil novecientos cincuenta y uno, se sigue que llevó al matrimonio la vecindad civil que entonces tenía y que la misma se comunicó a su mujer y que, a falta de capitulaciones, el matrimonio quedó sujeto al régimen consuetudinario de Formentera (de la que, al contraerlo, se declaró oriundo: véanse los folios siete y ciento cuarenta y uno), y ello no por la voluntad expresa o tácita de los consortes sino por determinación de la Ley entonces vigente, sólo esquivable mediante el recurso a los capítulos matrimoniales para otorgar los cuales estaban facultados según la vecindad civil de uno y otro de los contrayentes».

– STS de 23 de marzo de 1992.

En este caso, el *thema decidendi* fue conocer qué vecindad civil tenía el marido en el momento de contraer el matrimonio, ya que habiendo nacido en Murcia, siendo menor de edad, emigró con sus padres a Cataluña, y una vez alcanzada la mayoría de edad se trasladó a Baleares donde contrajo matrimonio, teniendo la esposa vecindad civil balear. El Tribunal Supremo declaró que el marido tenía vecindad civil común, toda vez que cuando alcanzó la mayoría de edad, en 30 de mayo de 1975 a los 21 años, tenía la vecindad común y desde esa fecha hasta que trasladó su residencia en 1981 a Palma de Mallorca no habían transcurrido los diez años para que pudiera haber adquirido la vecindad catalana, ya que sus padres, procedentes de territorio civil no foral, no le habían podido investir por filiación ninguna otra vecindad sino la común. Por ello, al contraer matrimonio en 1983 en Palma de Mallorca sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales, su matrimonio quedó sometido al régimen de gananciales.

Aclarado lo anterior, nuestro más Alto Tribunal indicó que «Al tener el demandado señor José Ramón la vecindad civil común, según acaba de razonarse, cuando en 1983 contrajo matrimonio, en Palma de Mallorca, con la actora, aquí recurrente, doña Celestina, sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales, ha de concluirse que su referido matrimonio quedó sometido al régimen legal de gananciales (artículo 1316 del Código Civil, en relación con los apartados 2 y 3 del artículo 9 del mismo Código, en su redacción vigente en la fecha del matrimonio, y con el artículo 16 de dicho cuerpo legal).

– STS de 11 de febrero de 2005.

El supuesto de hecho era el siguiente: Los esposos contrajeron matrimonio en el año 1972 en Ibiza, localidad de la que es natural el esposo. Viven un año en la isla y se trasladan

a Valencia donde fijan su residencia definitiva y donde también nacen sus dos hijos. En el procedimiento de separación, la esposa solicitó, y así se concedió por el Juzgado, la indemnización del artículo 1438 del CC. Sin embargo, el esposo recurrió la sentencia alegando la accidentalidad del breve período de residencia del matrimonio en Ibiza, lo que llevaría a considerar que el régimen económico que tuvo el matrimonio fue el de gananciales, y por ello resulta improcedente la indemnización que se fijó a favor de la esposa. La Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 10.^a, en Sentencia de 16 de enero de 2002, estimó el recurso de apelación y declarando que el régimen económico del matrimonio fue el de gananciales dejó a la esposa sin la indemnización del artículo 1438 del CC. La fundamentación jurídica de la sentencia de la AP de Valencia fue la siguiente: «En el caso de autos la actora no ha acreditado, como le incumbía, la realidad de lo por ella manifestado en la demanda, concretamente el requisito antes aludido de la existencia de una separación de bienes, lo que además fácilmente podría haber acreditado la actora, existiendo, cuando menos la sospecha, de que no es ése el régimen que rige el matrimonio de los contrayentes, dado el escasísimo tiempo que vivieron en Ibiza y el largo tiempo transcurrido desde entonces –hace 26 años que nació en Valencia el segundo de los hijos–, lo que, además queda corroborado por la declaración de renta obrante al folio 86 de los autos, donde claramente se hace constar que el régimen es el de gananciales».

La esposa interpuso recurso de casación al entender que los cónyuges estaban sujetos al régimen matrimonial de separación de bienes, ya que el demandado era de vecindad foral balear, por haber nacido en Ibiza y ser hijo de personas aforadas y, además, el matrimonio se había celebrado en Ibiza, siendo de aplicación la ley vigente en el momento en que se contrajo el matrimonio invocando además la doctrina sentada por diversas Sentencias del Tribunal Supremo (10 de diciembre de 1952, 6 de octubre de 1986, 15 de noviembre de 1991 y 23 de marzo de 1992).

El Tribunal Supremo estimó el recurso y señaló que «la argumentación de la recurrente ha de ser calificada de correcta, por cuanto responde a una acertada interpretación de las normas del Código Civil que, en cada momento, han regulado los efectos de los matrimonios contraídos por personas de diferente vecindad civil, coincidiendo con lo declarado por esta Sala en las sentencias cuyo testimonio acompaña y a las que ya nos hemos referido. En consecuencia, concurren los siguientes datos relevantes en orden al tema objeto de controversia: a) Que el matrimonio se contrajo en Ibiza, antes de la reforma de 1973-74; b) Que el marido demandado tenía su vecindad civil en dicha isla en tanto que la esposa ostentaba la común; c) Que la convivencia posmatrimonial se desarrolló igualmente en Ibiza durante más de un año, y d) Que los cónyuges no han otorgado en momento alguno capitulaciones. Frente a dichas circunstancias ha de calificarse de absolutamente irrelevante el hecho de que en una declaración para el impuesto sobre la renta se hiciera constar que los cónyuges estaban sometidos al régimen de gananciales, dada la concreta finalidad que pretendía tal declaración, y la evidencia de que la firma de la misma en modo alguno puede considerarse asimilable al otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales. En consecuencia, el régimen matrimonial aplicable no puede ser otro que el de separación absoluta de bienes que establecía el artículo 66 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares de 19 de abril de 1961, lo que determina que en cuanto a este extremo haya de ser acogido el recurso interpuesto».

D) Posición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional abordó el tema en su Sentencia 39/2002, de 14 de febrero. El caso era el siguiente: el esposo, de vecindad civil común, y la esposa, de vecindad catalana, contrajeron matrimonio en Cambrils (Tarragona) en el año 1984 sin otorgar capitulaciones matrimoniales. Desde entonces y hasta el momento de su separación de hecho en el año 1989 residieron habitualmente en la mencionada localidad. Promovido el juicio en solicitud de inventario de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales (el esposo tenía vecindad común y por tanto se aplicaba el régimen de gananciales), el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Reus dictó auto planteando cuestión de inconstitucionalidad del artículo 9.2 del CC en su anterior redacción a la Ley 11/1990 en relación con el último inciso del artículo 9.3 del CC en su antigua redacción según el cual, en defecto de ley nacional común de los cónyuges, sometía las relaciones patrimoniales entre los cónyuges a la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.

Ya podemos adelantar que el Tribunal Constitucional acordó declarar inconstitucional y derogado por la Constitución el artículo 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el texto articulado aprobado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración».

Analicemos seguidamente los fundamentos jurídicos que utilizó este tribunal para estimar la cuestión de inconstitucionalidad.

Alegó el Ministerio Fiscal que la inconstitucionalidad del artículo 9.2 del CC en su anterior redacción era sólo aparente, toda vez que, como la remisión a la legislación del esposo sólo entra en juego en defecto o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, permitidas tanto por el régimen civil común como por el foral catalán, el régimen económico matrimonial resultante de la aplicación de la norma de cuya constitucionalidad se duda es un régimen querido y determinado libremente por los cónyuges a través de una opción tácita por el régimen legal subsidiario civil común o foral que resulte aplicable. Consecuentemente, en la medida en que se está ante una norma dispositiva, no existe imposición de un régimen económico determinado por la preferencia de la ley personal del marido, por lo que la norma no sería contraria al principio de no discriminación en virtud del sexo, consagrado en el artículo 14 CE. Respecto a esta cuestión señala el Tribunal Constitucional: «este Tribunal no puede sino admitir la necesidad, reiteradamente afirmada, de que entre la norma de cuya constitucionalidad se duda y las pretensiones de las partes exista una íntima conexión, dado que uno de los requisitos legal y constitucionalmente exigibles para poder plantear una cuestión de inconstitucionalidad es, precisamente, que el fallo de la Sentencia, en el que se resuelve sobre las pretensiones de las partes, dependa de la adecuación de la ley a la Constitución. Ahora bien, de ello no se derivan diferentes exigencias de adecuación constitucional según que la norma cuestionada tenga carácter dispositivo o imperativo. Al margen de que la posibilidad de que los particulares puedan desplazar la aplicación de la regulación dispositiva encuentra siempre determinados límites, en unas ocasiones generales y en otras acotados por la propia norma que establece tal posibilidad, no parece adecuado afirmar que no hacer uso del margen de autonomía reconocido en la norma implique una opción voluntaria de sometimiento a la regulación dispositivamente introducida en la norma, sino que su aplicación deriva del carácter vinculante del Dere-

cho, por lo que las mismas exigencias de adecuación a la Constitución deberán entrar en juego. Dicho de otro modo, y ciñéndonos al caso concreto, una vez que los contrayentes decidieron no hacer uso de la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales para determinar así el régimen económico de su matrimonio, la norma de conflicto que establece conforme a qué ley personal habrá de determinarse el régimen económico del matrimonio deberá ajustarse a los preceptos constitucionales. La circunstancia de si se utilizó o no la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales determinará si la previsión subsidiaria de la ley es aplicable al caso o no, lo que tendrá incidencia a la hora de efectuar el juicio de relevancia, pero, efectuado éste, la constitucionalidad de la norma se somete a los comunes u ordinarios parámetros de control. De lo que se duda no es de la constitucionalidad del régimen económico que haya de regir entre las partes del proceso *a quo*, sino de la utilización de la ley personal del marido como punto de conexión, resultando indiferente para exigir su adecuación a la Constitución que tal punto de conexión sea el primero establecido en la norma de conflicto o que, por el contrario, existan otros de preferente aplicación en los que se reconozca a las partes cierto margen dispositivo. Todos los puntos de conexión, con independencia de si son establecidos en primer término o con carácter subsidiario, han de ajustarse a la Constitución».

Entrando ya en el fondo de la cuestión, esto es, si el artículo 9.2 CC, al establecer la nacionalidad del marido al tiempo de contraer el matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales del matrimonio y, en defecto o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, como consecuencia del reenvío efectuado en el núm. 3 del mismo precepto, también a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, es o no contrario al artículo 14 CE así como al artículo 32 CE, indica el Tribunal Constitucional que «no cabe duda de que el artículo 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al artículo 14 CE, sino también al más específico artículo 32 CE, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón. Este Tribunal, partiendo de la Constitución y de los textos comunitarios e internacionales sobre la igualdad, ha reaccionado siempre frente a toda norma o acto aplicativo que supusiese la discriminación de la mujer, alineándose así tanto con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 22 de febrero de 1994, caso Burghartz, en relación con la determinación del apellido familiar) como con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otros Tribunales Constitucionales. En este mismo sentido, la Sentencia de 22 de febrero de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con relación a un supuesto que guarda esencial identidad al que es objeto de nuestro estudio, declaró inconstitucional el artículo 15, apartados 1 y 2, primer párrafo, de la Ley de Introducción del Código Civil Federal en cuanto establecía la ley personal del marido como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, afirmando que tal preferencia resulta contraria al principio de igualdad, con independencia de que el resultado de la aplicación de la norma sea o no más beneficioso para la mujer, pues basta con la preterición de ésta para que haya de entenderse lesionado el artículo 3.2 de la Ley Fundamental, y sin que pueda considerarse que constitu-

ya una justificación constitucionalmente legítima del otorgamiento de preferencia a la ley personal del marido a los indicados efectos que el establecimiento de tal punto de conexión confiera una mayor certeza a la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio.

Con idéntica orientación y sentido la Corte Constitucional italiana sostuvo en su Sentencia de 26 de febrero de 1987 que la preferencia por la ley nacional del marido como punto de conexión en una norma de Derecho internacional privado semejante a la aquí estudiada es contraria al principio de no discriminación por razón de sexo y, con carácter específico, al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Como ya se ha anticipado el desajuste de la norma cuestionada con la Constitución tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso concreto es más o menos favorable a la mujer. Ello dependerá de la ordenación sustantiva del régimen económico del matrimonio que resulte aplicable, pero, antes de ello, la discriminación constitucionalmente prosrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro. La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad».

E) Conclusiones

Aunque tanto la doctrina como el Tribunal Supremo se muestran partidarios de aplicar la legislación vigente a la fecha en que se contrajo el matrimonio, no podemos ignorar la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional.

Pues bien, declarada la inconstitucionalidad y derogado por la Constitución el artículo 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el texto articulado aprobado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración», y visto el sentido de las resoluciones que se han pronunciado en la materia, a efectos de la determinación del régimen económico matrimonial, deben distinguirse dos situaciones:

– Matrimonios celebrados antes de entrar en vigor la Constitución Española.

Nada se indica en la sentencia del Tribunal Constitucional respecto a si la declaración de inconstitucionalidad se aplica sólo en relación con los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución o si, por el contrario, también resulta de aplicación a los matrimonios que se celebraron con anterioridad, pero si tenemos en cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad se planteó en relación con un matrimonio celebrado en el año 1984 y que la Disposición Derogatoria de la Constitución no fija efectos retroactivos, la interpretación más lógica es que a los matrimonios celebrados con anterioridad a 1978 les resultaría de aplicación la normativa anterior.

Habiéndose celebrado el matrimonio en el año 1962 en Tortosa y teniendo el esposo vecindad civil catalana, en aplicación de lo establecido en el artículo 14.4 del CC vigente en aquel momento, el régimen económico que ha venido rigiendo el matrimonio es el de separación de bienes. AP Castellón, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2001.

Existencia de régimen de gananciales ya que la residencia efectiva del demandado en Cataluña no llegó a diez años antes de contraer matrimonio, no siendo posible computar el período de ausencia mientras que estuvo residiendo en el extranjero. AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 3 de abril de 2002.

Habida cuenta que el matrimonio se celebró antes de entrar en vigor la Constitución Española, el régimen económico vendrá determinado por la legislación vigente en aquel momento que aplicaba subsidiariamente la legislación correspondiente de la vecindad civil del esposo, ya que la norma constitucional no puede tener efectos retroactivos. AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 10 de septiembre de 2002.

El matrimonio contraído en Girona en el año 1976, siéndole esposo natural de Granada y la esposa de Girona, se rige por el régimen de gananciales, al aplicarse la legislación vigente en aquel momento. AP Girona, Sec. 1.^a, Sentencia de 22 de marzo de 2006.

– Matrimonios celebrados después de entrar en vigor la Constitución Española.

Respetando la declaración de inconstitucionalidad no hay más remedio que reconocer que en los matrimonios celebrados entre 1978 y 1990, el régimen económico no podrá estar en función del punto de conexión subsidiario del precepto derogado que remitía «a la ley nacional del marido al tiempo de la celebración». No obstante, hay que reconocer que existe alguna jurisprudencia menor en sentido contrario, si bien el criterio mayoritario de la jurisprudencia comparte la tesis que mantenemos.

Ahora bien, el problema que nos surge es cómo llenar la laguna legal que implica la declaración de inconstitucionalidad. Como no podía ser de otra forma, el Tribunal Constitucional no entra en esta cuestión al entender que la interpretación de la legalidad corresponde a los tribunales ordinarios señalando en tal sentido que «Todo ello conduce derechamente a la estimación de la presente cuestión, restando únicamente por precisar que no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes les corresponde integrar, por los medios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del inciso del precepto cuestionado pudiera producir en orden a la fijación de un punto de conexión subsidiario».

El Abogado del Estado que intervino en la cuestión de inconstitucionalidad señaló que este tema «había sido abordado por el Tribunal Supremo, el cual ha entendido que debe acudirse a la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio». Sin duda el Abogado del Estado hacía referencia a la STS de 6 de octubre de 1986 que antes comentamos, en la que, aunque finalmente entendió que era de aplicación la normativa anterior, sí apuntó la posibilidad de aplicar la ley de la residencia común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio: «Se ha propuesto como criterio alternativo para la determinación del régimen económico matrimonial cuando los contrayentes tienen diferente ley personal, la sustitución de la ley personal del marido por otro punto de conexión que pudiera ser el de la residencia habitual de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio, inspirándose para ello en el párrafo primero del artículo ciento siete introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio. Sería éste un punto de conexión objetivo y común a ambos consortes, con plena satisfacción del nuevo principio de igualdad en el tratamiento de las relaciones entre ellos y que se aplicaría, en defecto de capitulaciones, en aquellos casos en que los contrayentes fueran de diferente legislación civil. La falta de vecindad civil común atraería la aplicación de ese otro punto de conexión

por vía de analogía inspirada en el número uno del artículo cuarto y, de algún modo, en el número uno del tercero del Código Civil, precediendo a dicho punto de conexión y abriéndole el camino, el efecto derogatorio del número tres de la disposición de esa clase de la Constitución».

Aunque el matrimonio se celebró después de la entrada en vigor de la Constitución Española, para la determinación del régimen económico matrimonial se aplica el texto del artículo 9.2 del CC vigente en aquel momento y por tanto, siendo el marido de vecindad civil común, el matrimonio se ha venido rigiendo por el sistema de gananciales. AP Tarragona, Sec. 1.^a, Sentencia de 12 de julio de 2000.

Celebrado el matrimonio con anterioridad a la reforma del artículo 9.2 del CC operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, el régimen económico a aplicar al matrimonio dado que ambos cónyuges tenían distintas vecindades civiles, es el del lugar de residencia tras su celebración. AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 11 de noviembre de 2005.

Se declara que el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes toda vez que habiéndose contraído aquél en el año 1981 y declarándose por el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del artículo 9.2 del CC en su redacción anterior, se acuerda aplicar como punto de conexión el de residencia de los cónyuges en el momento de contraer el matrimonio. AP Tarragona, Sec. 3.^a, Sentencia de 15 de junio de 2006.

Habiéndose declarado inconstitucional la redacción del artículo 9.2 del CC vigente en el momento en que se contrajo el matrimonio, para integrar la laguna legal debe acudir a un punto de conexión neutro, objetivo y común a ambos consortes, como puede ser la ley del lugar de residencia del matrimonio después de la celebración, que en definitiva es el criterio al que se llega si se aplica la solución contemplada en el artículo 107 del Código Civil. AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 17 de abril de 2007.

IV.2. La vecindad civil y el régimen económico-matrimonial

Junto al Código Civil coexisten en nuestro país distintos ordenamientos jurídicos civiles de carácter territorial y la cuestión parece obvia ¿cuándo se aplica el Código Civil y cuándo los derechos civiles forales? La aplicación de estas legislaciones forales está en función de la vecindad civil que tengan las personas (estado civil o condición de la persona que implica la pertenencia a una comunidad regional con derecho propio, especial o foral). Tal y como indica el artículo 14 del CC «La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil».

La determinación del régimen económico-matrimonial está por tanto en función de la vecindad civil que tenían los cónyuges en el momento de contraer el matrimonio. Por ello, la primera cuestión que debemos abordar para llegar a la conclusión de qué régimen económico regula el matrimonio es conocer qué vecindad civil tenían los cónyuges cuando lo contrajeron ya que ése será el momento, y no otro, en el que se fija el régimen que va a regir las relaciones económico-patrimoniales de los cónyuges, sin perjuicio, lógicamente, de la modificación que posteriormente pueda tener lugar por el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

A continuación vamos a analizar las reglas que nos ofrece la normativa actual para la asignación de la vecindad civil, destacándose desde un principio que no basta la simple vo-

luntad de una persona para tener una determinada vecindad civil, sino que es necesario la concurrencia de determinados requisitos en función del sistema de acceso a ella:

A) Principio de *ius sanguinis*

Conforme a lo establecido en el artículo 14.2 del CC, «Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes».

En el núm. 2 del citado precepto se indica que «Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común. Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción. La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos. En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal».

B) Opción por razón de matrimonio

Cuando los contrayentes tienen distinta vecindad civil, señala el artículo 14.4 del CC que el matrimonio no altera la vecindad civil. En consecuencia, cada uno de los cónyuges conservará su vecindad civil a diferencia de lo que sucedía con la antigua redacción del artículo 14 del CC en el que la esposa seguía la vecindad civil del esposo. No obstante, el legislador da la oportunidad a los cónyuges de seguir cada uno de ellos con su vecindad civil o que puedan optar por unificarla, optando bien por la del esposo o de la esposa. Esta opción puede efectuarse en cualquier momento y no se necesita consentimiento del otro cónyuge.

C) Por residencia

Dispone el artículo 14.5 del CC que la vecindad civil se adquiere:

A) POR RESIDENCIA CONTINUADA DURANTE DOS AÑOS, SIEMPRE QUE EL INTERESADO MANIFIESTE SER ÉSA SU VOLUNTAD

Se trata de una decisión estrictamente personal y por eso entendemos que debe realizarse personalmente por el interesado mayor de edad –o emancipado– y con capacidad suficiente. Respecto al requisito del plazo, los dos años deberán haber transcurrido con anterioridad al momento en el que se realiza la opción, existiendo unanimidad en la doctrina en cuanto a que, en su caso, se computará el tiempo de residencia transcurrido cuando el solicitante aún era menor de edad. La opción se hará mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

El extranjero que adquiriera la nacionalidad española por naturalización u opción, y desee también optar por la vecindad civil correspondiente al territorio de Derecho especial o foral en que lleve al menos dos años de residencia, formulará esta segunda opción ante el Encargado del Registro Civil al mismo tiempo que las declaraciones previstas en el segundo párrafo del artículo 20 del Código Civil. Queda a salvo lo dispuesto, en su caso, por los Estatutos de Autonomía.

B) POR RESIDENCIA CONTINUADA DE DIEZ AÑOS, SIN DECLARACIÓN EN CONTRARIO DURANTE ESE PLAZO

Desde todos los sectores se indica que la posibilidad de que, sin realizar acto alguno, por el simple transcurso del tiempo, se adquiriera una vecindad nueva, cuando este hecho es desconocido por la mayor parte de los españoles, implica una enorme inseguridad jurídica, especialmente cuando puede determinar, como estamos viendo, nada menos que el régimen económico-matrimonial sea uno u otro. Por ello, se está intentado, hasta ahora sin resultado práctico alguno, la supresión de esta forma de adquisición/pérdida de la vecindad civil, de tal forma que únicamente se mantenga la adquisición por residencia durante dos años previa manifestación expresa del interesado.

Señala el artículo 225 del RRC que el cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario. Si se quiere conservar la vecindad civil actual, antes del transcurso de los diez años continuados de residencia habrá que comparecer ante el Encargado del Registro Civil y efectuar una manifestación en este sentido. Lógicamente, será misión del Encargado del Registro comprobar que el interesado, efectivamente, tiene la vecindad civil que manifiesta, y precisamente por ello señala el artículo 227 del RRC que «Si al prestarse las declaraciones a que se refiere el artículo anterior no apareciesen acreditados los requisitos exigidos, el declarante, sin perjuicio de los recursos oportunos, estará obligado a completar la prueba en el plazo prudencial que le señale el Encargado. Éste se limitará por el momento a levantar acta de la declaración y en su día, cuando por acreditarse los requisitos se practique la inscripción, se considerarán hora y fecha de ésta, a partir de la cual surtirá efecto la declaración, las del acta, que se harán constar en el asiento». Una vez efectuada dicha manifestación ya no será necesario reiterarla en el futuro, por lo que, por muchos años de residencia que tenga una persona en un determinado territorio, siempre conservará su vecindad civil anterior.

Como el precepto legal se refiere a «residencia continuada» habrá que deducir que cuando se produce un cambio de residencia inferior a los diez años y posteriormente se vuelve a la residencia de la Comunidad Autónoma de origen, en caso de un nuevo cambio de residencia el plazo de los diez años deberá iniciarse de nuevo sin tener en cuenta la residencia anterior. Esto no pasaba con la legislación anterior ya que el artículo 15 del CC en su redacción originaria, indicaba que se adquiría la vecindad civil mediante la residencia durante diez años, sin exigir el precepto que tal residencia fuese continuada, como sí pasó a exigirlo el artículo 14.3 del CC, en su nueva redacción tras la modificación de 1974.

Por lo que respecta al concepto de residencia habitual, tal y como señaló el TS en su sentencia de 15 de noviembre de 1991, se trata de una cuestión de hecho cuya apreciación

corresponde a los tribunales, si bien, tendrán importante fuerza probatoria las certificaciones del padrón de habitantes o del censo electoral.

Por otro lado, también debe tenerse presente que puede suceder que aunque una persona tenga su residencia en un determinado lugar, la mayor parte del tiempo y por motivos laborales la pase en otra ciudad o país. Éste fue el caso analizado por la STS de 15 de noviembre de 1991. En supuesto de hecho, el esposo antes de contraer matrimonio residía en Barcelona, si bien, por motivos laborales, pasaba la mayor parte del tiempo en Guinea. El Tribunal Supremo entendió, confirmando la sentencia de instancia, que a pesar de que es abundante la prueba de que residía en Guinea, sin embargo se estima que el auténtico domicilio a los efectos civiles era el de Barcelona, lugar donde tenía constituido el hogar.

En relación con el transcurso del tiempo con referencia a los menores de edad no emancipados, el tema no está suficientemente claro dado que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en distintos sentidos a pesar de que el artículo 225 del RRC expresamente señala que «en el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona». Veamos los pronunciamientos del Tribunal Supremo:

– STS de 21 de septiembre de 2000.

En esta sentencia se llegó a la conclusión que para el cómputo de los diez años de residencia puede incluirse el tiempo en el que el esposo era menor de edad, ya que prima la norma del Código Civil sobre lo dispuesto en el artículo 225 del RRC: «la cuestión que se plantea, es la de si, efectivamente, ese plazo de 10 años, establecido por repetido artículo 14.3.2 CC texto antiguo, hoy artículo 14.5.2.º, en relación con lo dispuesto en dicho artículo 225, deberá ser cumplido sólo por persona que legalmente pueda ejercer su rectoría, esto es, que tenga la correspondiente capacidad acorde con su mayoría de edad, por lo que, cualquiera que sea el tiempo que anteriormente haya residido sin que sea mayor de edad o que esté emancipado, no podrá computarse al respecto. La solución, pues, conduce a si, efectivamente, se acredita por las pruebas que se indican en el Motivo, que el demandado, en efecto, arribó a la ciudad de Barcelona con fecha del año 1963, es claro, pues, que se debe computar desde esa fecha hasta la celebración del matrimonio en 25 de julio de 1976, en cuyo evento reunía ya los 10 años de residencia. En el problema, sin duda, ha de subrayarse que no es posible limitar el contenido imperativo del repetido artículo 14.3 CC, hoy 14.5.2.º, con una norma de carácter reglamentario que cercena, por así decir, un posibilismo actuatorio como es el acceso a una vecindad, precisamente, por razón de la vecindad en los términos establecidos por el derecho sustantivo, debiendo al respecto mantenerse la tesis recogida por la susodicha Sentencia de 20 de febrero de 1995 (frente a la sostenida en la única precedente de 23 de marzo de 1992) en donde establece, naturalmente, la superior consistencia del criterio del Código Civil, sobre la limitación reglamentaria». Se decía entonces: «... Las respectivas lecturas del desarrollo argumental del motivo y de la exposición razonada contenida en el fundamento de derecho 4.º de la Sentencia recurrida, permiten apreciar el mantenimiento de tesis contrarias entre sí, caracterizada la del aquel en que el mero transcurso de los diez años opera *ipso iure* en punto a la adquisición de la vecindad civil, y la del Tribunal *a quo*, en que el cómputo de dicho plazo acontezca durante la mayoría de edad, sobre cuya cuestión la doctrina se ha pronunciado de manera contradictoria. La tesis de la sentencia, atendiendo a las reflexiones formuladas en el citado fundamento, parece

apoyarse de manera sustancial en la dicción del párr. 2.º del artículo 225 RRC: “En el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona”; pero esta norma no deja de estar en pugna, en principio, con la prevenida en el artículo 14.1.º y 2.º del mismo, en su actual redacción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en cuanto que a su tenor el transcurso de los diez años confiere *ope legis* la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario, y de aquí que resulta oportuno conceder a la tesis del motivo una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal *a quo...*», por lo cual, procede, con la acogida del Motivo, actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 1715.1.3 y dejar sin efecto la Sentencia confirmando la del Juzgado de Primera Instancia por sus mismos argumentos... La Sala que juzga ha de afirmar que, desde luego, por lo antes razonado no es de recibo entender que el tiempo de la eventual residencia durante la minoría de edad del marido no es computable, sobre todo, cuando consta en Autos que, el interesado llegó a la Ciudad Condal con 16 años cumplidos, con lo que, incluso, se cumple la tesis más defendible de que el tiempo computable debe contarse desde los 14 años, sin perjuicio de la opción prevista en esa edad según el artículo 14.3. 2.º y 4º, lo que conduce a la solución estimatoria del recurso, ya que la tesis de la Sala *a quo* –se repite– que, básicamente, entiende la proyección del artículo 225.2.º del Reglamento del RC, y aduce la hipótesis de esa carencia del tiempo anterior al del año 1966, no es, por lo argumentado, de recibo».

– STS de 7 de junio de 2007.

En esta ocasión, nuestro más Alto Tribunal se pronunció en el mismo sentido que establece el artículo 225 del RRC y por tanto entendió que para la adquisición de la vecindad civil por residencia no se computa el tiempo en que el interesado no tenía capacidad de obrar: «El esposo, don Eloy, cuando contrajo matrimonio no había alcanzado la vecindad civil catalana puesto que no llevaba diez años de residencia, ya que no se computa el tiempo en que no puede legalmente regir su persona, es decir, tener capacidad de obrar; cuando hubo alcanzado la mayoría de edad y empezado el cómputo, no transcurrieron diez años antes del matrimonio; y tampoco le servía la llamada emancipación tácita que, en aquella época, el Código Civil no le daba capacidad sino simple facultad para adquirir y administrar los bienes adquiridos, en vida independiente. En consecuencia, ni el esposo ni, por ende, la esposa, tenía vecindad civil catalana, sino de Derecho común. En consecuencia, el régimen era comunidad de gananciales ... El primero de los motivos alega la infracción del artículo 15.3 del Código Civil en su redacción originaria, que ha sido transcrito. No hay tal infracción. Esta norma se cumple, pero la del Registro Civil que también se alega en este motivo, la completa al fijar no ya la declaración sino el cómputo del plazo de residencia para la adquisición y establece que el cómputo no comprende el tiempo de minoría de edad o de falta de emancipación y la tácita, en aquella época, no alcanzaba a la esfera personal, sino tan sólo una muy concreta de la esfera patrimonial. El tercero de los motivos del recurso de casación se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la iniciación del cómputo de los diez años para la adquisición de la vecindad civil. No hay tal infracción. No hay duda, como se alega en el motivo, de que la adquisición de la vecindad civil por residencia se produce *ipso iure*, automáticamente por el cumplimiento del plazo, según constante doctrina jurisprudencial. Pero el problema no es éste, que es indiscutible. El problema, en el presente caso y en tantos otros, es el cómputo ... Más concretamente: si se computa el tiempo en que el adquirente carecía de capacidad de obrar. La doctrina jurisprudencial es concorde, como no podía ser menos, con la expuesta hasta ahora. Las Sentencias de 23 de marzo de 1992 y de 20 de febrero de 1995 así

lo ratifican, citando numerosas anteriores, en el sentido de que en el cómputo no se incluye el tiempo de la minoría de edad sin emancipación. Dice la primera: es evidente que cuando D. Víctor Manuel alcanzó la mayoría de edad, lo que tuvo lugar, en 30 de mayo de 1975, al cumplir los veintiún años (artículo 320 del Código Civil en su redacción vigente en dicha fecha) tenía la vecindad civil común, por lo que desde la referida fecha hasta que trasladó su residencia (1981) a Palma de Mallorca no habían transcurrido los diez años para que pudiera haber adquirido la vecindad civil catalana, al no ser posible computar (como erróneamente, sin plantearse siquiera el tema, hace la sentencia recurrida) los años que, desde 1966, durante su minoría de edad, en unión y bajo la patria potestad de sus padres, residió en Barcelona, pues el artículo 225 del Reglamento de Registro Civil, después de establecer en su párrafo 1.º, en plena concordancia con el artículo 14.3.2.º del Código Civil, que “El cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario”, agrega en su párrafo 2.º que “En el plazo de diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona”, en cuya situación se encontró D. Víctor Manuel durante su minoría de edad (desde 1966 a 1975), cuyo período de tiempo, por tanto, no puede ser computado al objeto expresado. Al tener el demandado Sr. Víctor Manuel la vecindad civil común, según acaba de razonarse, cuando en 1983 contrajo matrimonio, en Palma de Mallorca, con la actora, aquí recurrente, doña Montserrat, sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales, ha de concluirse que su referido matrimonio quedó sometido al régimen legal de gananciales. Y la segunda, de 20 de febrero de 1993, reiteró la doctrina jurisprudencial de la anterior sentencia en un caso extraordinariamente semejante al que ahora se presenta en casación, resolviéndolo en forma semejante a la que se va a pronunciar».

D) *Ius soli*

Con carácter de norma residual, el artículo 14.6 del CC preceptúa que «En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento».

E) Vecindad civil por adquisición de la nacionalidad española

La Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad dio una nueva redacción al artículo 15 del CC y a los efectos de asignación de la vecindad civil distingue dos supuestos:

a) Adquisición de la nacionalidad por opción (artículos 19 y 20 del CC) y por residencia (artículo 22 del CC): El extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes: a) La correspondiente al lugar de residencia. b) La del lugar del nacimiento. c) La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes. d) La del cónyuge. Esta declaración de opción se formulará, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí o asistido de su representante legal, o por este último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar.

b) Adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza: El extranjero que adquiriera la nacionalidad por carta de naturaleza tendrá la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquél, de acuerdo con lo que dispone el apartado anterior u otras circunstancias que concurran en el peticionario.

No obstante, se han establecido en ciertos Estatutos reglas que atentan contra este criterio, haciendo uso de una dudosa competencia al respecto, como ocurre en los casos catalán y balear, cuyos artículos 7.2 y 6.2, respectivamente, atribuyen a los extranjeros adquirentes de la nacionalidad española la vecindad civil foral «mientras mantengan la vecindad administrativa» en tales territorios, en una línea semejante a lo prevenido en la Ley 13 del Fuero Nuevo de Navarra; pero en este último caso, sin el denunciado paralelismo con la vecindad administrativa, ni obstáculo constitucional alguno por existir dicha prevención foral con anterioridad a la entrada en vigor de la Norma Fundamental.

Hemos analizado las diferentes formas de adquisición de la vecindad civil, si bien, a los efectos que nos interesan, esto es, determinar la vecindad civil que tiene cada uno de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio, también habrá que tener en cuenta si los cónyuges han conservado la vecindad civil que adquirieron en su momento, ya que conforme a lo indicado en el artículo 225 del Reglamento del Registro Civil «El cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario». Como puede comprenderse, dado el automatismo en la adquisición de una nueva vecindad civil por la residencia continuada durante diez años serán muchos los supuestos en los que los cónyuges se verán sorprendidos con un régimen distinto al que pensaban que tenían.

Por último, y en relación con la prueba de la vecindad civil hay que reconocer que la conexión entre vecindad civil y Registro Civil es muy débil, más aun si cabe que la conexión nacionalidad y registro. La prueba de la vecindad, salvo que conste marginalmente anotada a la inscripción de nacimiento por existir una declaración de voluntad relativa a una opción de vecindad civil, una atribución de ésta, una declaración de adquisición por residencia continuada de dos años o declaración de no adquisición antes de los diez años, es muy difícil, ya que la adquisición de la vecindad opera de modo automático sin necesidad de inscripción registral ni de requisito complementario alguno, por lo que nos movemos en un terreno marcado por la inseguridad. Los medios de prueba son: a) Sentencia judicial firme que declara una determinada vecindad civil. b) Los hechos que se constaten en las inscripciones registrales (artículos 46 y 64 de la Ley del Registro Civil y 226, 227 y 229 de su Reglamento). c) La presunción legal del artículo 68 de la Ley de Registro Civil, por el que se presume que tienen una vecindad civil los nacidos en territorio afecto a una especialidad civil de padres que tengan esa misma vecindad. d) Las declaraciones con valor de simple presunción del artículo 96.2 de la Ley de Registro Civil y las actas de notoriedad del artículo 209 del Reglamento Notarial. Según el tenor literal del artículo 96 de la Ley de Registro Civil, «en virtud de expediente gubernativo puede declararse con valor de simple presunción ... 2.º La nacionalidad, la vecindad o cualquier estado si no consta en el Registro». Este medio de prueba, más atenuado que los anteriores, puede suplir las carencias que sobre el acceso de la vecindad civil al Registro presenta la legislación actual, colocándose a mitad de camino entre una declaración jurada del interesado y una sentencia declarativa

de estado, regulándose el expediente en los artículos 335 a 340 del Reglamento del Registro Civil.

IV.3. Resolución de conflictos en la determinación del régimen económico

Conforme a lo indicado en el apartado anterior ya conocemos qué vecindad civil tenía cada cónyuge en el momento de contraer matrimonio. Ahora lo único que nos queda por resolver es determinar qué ley se aplicará cuando los cónyuges no tienen la misma vecindad civil para determinar los efectos del matrimonio y lógicamente entre ellos el régimen económico.

A tal efecto, hay que tener en cuenta dos preceptos:

– Artículo 149.1.8 *in fine* de la CE «Legislación civil. Sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial». Como apunta la doctrina, la razón de ser de esta norma es evidente dada la conveniencia de que sea el Estado y no cada una de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, quien regule, con carácter general para todos los territorios españoles, el tema de la vecindad civil. Pensemos –señala Honorio Romero Herrero– en los enormes inconvenientes y en los innumerables conflictos que, en la práctica habrían de plantearse ante la regulación diferenciada, por parte de cada comunidad autónoma, de su propia vecindad civil.

– Artículo 16 del CC «Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1.^a Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2.^a No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público... 3.^a Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9.º y, en su defecto, por el Código Civil. En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación».

Por consiguiente, y partiendo del hecho de que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su vecindad civil (artículo 9.1 del CC con la modificación a que hace referencia el artículo 16 del CC), el régimen jurídico para la determinación del régimen económico-matrimonial es el previsto en el artículo 9.2 del CC. Como indicamos anteriormente la norma de conflicto a aplicar es el artículo 9 del CC y no el artículo 107 del CC, ya que el primero regula los efectos del matrimonio y el segundo de ellos los efectos de la separación, el divorcio y la nulidad, y la determinación del régimen económico-matrimonial es un efecto del matrimonio.

Analicemos detenidamente los criterios de conexión que se establecen en la norma de conflicto.

A) Régimen económico legal que se aplique en virtud de la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo

Cuando coincide la vecindad civil de los cónyuges, no se plantea problema alguno y ya sea el Código Civil si tienen vecindad civil común o una determinada ley foral, el régimen económico que se regule con carácter subsidiario a falta de capitulaciones matrimoniales, será el que determine el régimen económico del matrimonio.

B) Régimen económico que se aplique por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio

Esta posibilidad de opción, distinta de las capitulaciones matrimoniales, fue introducida en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, debiendo precisarse que la opción sólo puede efectuarse entre el régimen que prevé con carácter subsidiario la vecindad civil del futuro esposo o de la futura esposa, pero no puede escogerse otro régimen distinto. A diferencia de lo establecido en el Código Civil para las capitulaciones matrimoniales que requieren escritura pública (artículo 1327 del CC), el documento de opción basta con que sea auténtico, lo que permite que pueda utilizarse un documento privado, si bien para su eficacia, caso de negarse por alguno de los cónyuges, será necesario probar su autenticidad. En todo caso, es más práctico que la opción del régimen se haga en escritura pública para evitar problemas posteriores de prueba.

C) Régimen económico que se prevea por la legislación civil de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio

Ésta será, en la mayoría de los casos, la norma de conflicto a aplicar ya que, dado el deber de convivencia que impone el artículo 68 del CC a los cónyuges, éstos tienen la obligación de fijar un domicilio conyugal de mutuo acuerdo. No obstante, es cierto que, por cuestiones laborales, la sociedad actual ha provocado que en muchos matrimonios los cónyuges tengan dos lugares de residencia. En estos casos, al no existir una residencia habitual común, habría que pasar al siguiente criterio de conexión –lugar de celebración del matrimonio–. El Notario Honorio Romero, pone un ejemplo de esta situación: pensemos en matrimonio de aragonés y catalana, no pactan nada y fijan su residencia el marido en Huesca y la esposa en Zaragoza. La ley que rige los efectos del matrimonio será la del lugar de su celebración, ya que el tenor literal del precepto habla de «la ley de la residencia habitual común» que no es lo mismo que «ley común aplicable a sus residencias».

El Código Civil caracteriza únicamente al domicilio real por los elementos de la residencia efectiva y de la habitualidad, dejando al criterio del juzgador la interpretación de los hechos que puedan demostrar la residencia habitual, resultando así absolutamente independiente de la vecindad administrativa o inscripción en el padrón municipal, que requiere el transcurso de un mínimo de tiempo y la inscripción de tal condición de residente

durante ese tiempo en el correspondiente registro municipal, en definitiva, aquel que reúna las condiciones propias de esa vecindad administrativa –distintas por completo de las de una simple domiciliación– será el que adquiera el estatuto personal correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que conste acreditada debidamente su residencia.

En relación con esta asignación de régimen económico, podríamos plantearnos qué ocurre cuando los cónyuges que tienen distinta vecindad civil se casan en el extranjero y fijan allí su primera residencia sin perder en ningún momento la nacionalidad española. Aparentemente habría que aplicarles el régimen económico subsidiario que se regule en el país donde contrajeron matrimonio y donde han fijado su residencia, sin embargo, hay que tener en cuenta que en el artículo 16.3 del CC se indica que «Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9.º y, en su defecto, por el Código Civil», por lo que en última instancia tendría que aplicarse las disposiciones del Código Civil excluyéndose la aplicación del régimen económico que regule la legislación extranjera del país donde tienen su residencia los cónyuges. Ahora bien, si las leyes aplicables a los cónyuges conforme a su vecindad civil contemplan un régimen de separación de bienes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.3 del CC, el régimen de este matrimonio sería también el de separación de bienes.

Podría darse el caso, como señala la doctrina, que se celebre un matrimonio entre un catalán y una mallorquina, sin elegir vecindad conjunta o un determinado régimen económico en capitulaciones, fijando su residencia en un territorio de los sometidos al derecho común, en cuyo caso se aplicaría el régimen económico de sociedad de gananciales (artículo 1316 del CC), pese a que, con arreglo a las normas personales, en ambos casos, se impondría la separación de bienes según las regulaciones que sobre el tema se regulan en los derechos forales de Cataluña y Baleares. En el artículo 16, párrafo 3, del CC se indica que «Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9.º y, en su defecto, por el Código Civil. En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación». Pues bien, siendo de aplicación la norma prevista en el artículo 9 del CC el régimen sería de gananciales, ya que la previsión del régimen de separación de bienes que se contiene en el anterior artículo sólo entra en funcionamiento cuando no son aplicables las normas del citado artículo 9 del CC.

D) Régimen económico que, a falta de pacto, se regula en la legislación civil del lugar de celebración del matrimonio

Esta norma de cierre se aplicará en todos aquellos casos en los que los cónyuges tienen distinta vecindad civil y no establezcan tras contraer matrimonio, al menos con carácter inmediato, un domicilio común.

Como vemos, tal y como pone de relieve la doctrina, se establece un orden jerárquico integrado por cuatro criterios de conexión que operan de forma sucesiva: vecindad civil común como conexión principal; la autonomía de la voluntad, como conexión subsidiaria de primer grado; la residencia habitual común, como conexión subsidiaria de segundo grado, y

la conexión local (lugar de celebración del matrimonio) como conexión final, de cierre o de cobertura. Es preciso tener presente que se trata de criterios excluyentes, es decir, si ambos cónyuges tienen la misma vecindad civil no pueden elegir como ley aplicable a los efectos de su matrimonio la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos o la ley del lugar de celebración del matrimonio.

IV.4. El cambio de residencia de los cónyuges en relación con el régimen económico-matrimonial

Es posible, e incluso frecuente, que unos cónyuges que contrajeron matrimonio en un lugar sometido al derecho común, con el tiempo se trasladen a residir a un territorio donde rige el derecho foral, o al contrario, llegándose en algunos casos a modificar su vecindad civil. ¿Este cambio de residencia acarrea algún tipo de consecuencias respecto a la determinación del régimen económico-matrimonial? En el artículo 9.2 del CC, como señala la doctrina, existe un silencio del todo inexplicable en relación a la conservación del régimen económico-matrimonial en función de posibles cambios en la vecindad, sin embargo, desde la STS de 6 de octubre de 1986, está meridianamente claro que el régimen económico queda determinado en el momento en el que se contrae el matrimonio y los posteriores cambios de residencia de los cónyuges carecen de eficacia para modificarlo, únicamente el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales tendrá el efecto de alterar el régimen económico. Señala la citada sentencia que «La inmutabilidad del régimen económico-matrimonial se apoya en su naturaleza jurídica, siendo una consecuencia propia o derivada de la celebración del matrimonio y sin relación alguna con la voluntad de los contrayentes ya que la establece la Ley vigente al contraerse el matrimonio y, como ha cuidado de resaltar la mejor doctrina, siguiendo a los ordenamientos europeos, responde a los principios de unidad e inmutabilidad que son principios generales del derecho especialmente desde el punto de vista de los derechos adquiridos, a salvo siempre la posibilidad de capitular que negara esta Sala en su sentencia de dieciocho de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro fundada en el principio del respeto a los derechos adquiridos, el orden público y el fraude a la ley».

Comenta María José Hernández Caballero que tales modificaciones de residencia de los cónyuges realizadas durante el *iter* matrimonial implicarán sin duda una mayor incertidumbre sobre los terceros, pues las dificultades que para éstos implica ya en sí el conocer el régimen económico del matrimonio, se ven considerablemente agravadas por la viabilidad de estas alteraciones.

La inmutabilidad del régimen económico-matrimonial se apoya en su naturaleza jurídica, siendo una consecuencia propia o derivada de la celebración del matrimonio y sin relación alguna con la voluntad de los contrayentes ya que la establece la Ley vigente al contraerse el mismo. AP Baleares, Sec. 5.^a, Sentencia de 15 de julio de 2002.

En virtud del principio de inmutabilidad, el régimen económico del matrimonio queda determinado en el momento de su celebración y será el aplicable, salvo que posteriormente se otorguen capitulaciones matrimoniales. AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 17 de abril de 2007.

IV.5. ¿Puede aplicarse la doctrina de los actos propios de los cónyuges en relación con la determinación del régimen económico?

Vemos con frecuencia en la práctica cómo los cónyuges o uno de ellos comparece ante notario para otorgar una escritura pública para comprar una vivienda y dentro de las manifestaciones que se hacen aparece que el matrimonio se encuentra sometido a un determinado régimen económico, generalmente dependiendo de la costumbre del lugar. Es más, incluso hemos visto casos en los que, no existiendo matrimonio, en la escritura se indica que se compra para «su sociedad de gananciales». También se dan supuestos en los que, estando en discusión el régimen económico-matrimonial, el esposo alega que aunque no otorgaron capitulaciones matrimoniales en su momento en virtud de un pacto verbal, el matrimonio se ha venido rigiendo por el sistema de separación de bienes y prueba de ello es que han mantenido cuentas bancarias individuales independientes.

Pues bien, si los cónyuges efectúan estas manifestaciones en las distintas escrituras públicas o siguen una conducta específica en función de un determinado régimen económico ¿implica que ambos reconocen y aceptan que su régimen económico es el que se hace constar en éstas?, o dicho de otro modo ¿puede llegarse tácitamente o por la teoría de los actos propios a modificar el régimen económico-matrimonial? La respuesta es bien sencilla: los actos erróneos de los cónyuges durante el matrimonio, tanto realizados consciente como inconscientemente, en orden a la calificación del régimen económico que tienen, no puede cambiar la clase de régimen económico que legalmente les corresponda, por mucho que éstos hayan actuado, durante la convivencia, en la creencia que tenían un determinado régimen económico.

Por mucha trascendencia que se quiera dar a la constancia de un determinado régimen económico en una escritura pública que luego se inscribe en el Registro de la Propiedad, la declaración de un régimen económico-matrimonial en un documento público no tiene virtualidad probatoria suficiente para su determinación, por cuanto el valor o eficacia probatoria del documento público se extiende a su contenido, pero no a las calificaciones jurídicas que se incluyen. El notario da fe del hecho que motivó el otorgamiento y de la fecha, pero no de las manifestaciones vertidas por los comparecientes o por terceros. El notario puede efectuar alguna presunción sobre el régimen en función de lo que le hayan indicado las partes o de la costumbre del lugar, pero tampoco ello es determinante de la existencia de un régimen económico u otro (SSTS de 10 de octubre de 1988, 30 de julio de 1993, 4 de febrero de 1994, 21 de enero de 1995, 4 de septiembre de 1997).

La STS de 6 de octubre de 1986, analizando un supuesto en el que se habían otorgado diversas escritura haciéndose constar en ellas distintos regímenes económico-matrimoniales, llegó a la conclusión de que esta circunstancia no modificaba en absoluto el régimen económico que quedó determinado en el momento en el que se contrajo el matrimonio: «El motivo primero se opone, con cita del Registro de la Propiedad y de escrituras públicas que ya fueron tomadas en consideración en la instancia, al uso por el marido en ocasión de adquirir ciertos inmuebles, de la expresión de que lo hacía “para la sociedad conyugal”. Los asientos del Registro de la Propiedad, sin embargo, declaran la situación jurídica de las fincas y la titularidad de los derechos constituidos sobre las mismas, frente a terceros, pero no pueden incidir en las relaciones internas de una de las partes y reflejarse en el cambio del régimen económico-matrimonial de la misma».

El hecho de que en las notas simples informativas aportadas a autos relativas a la vivienda se haga referencia a que la titularidad corresponde con carácter ganancial a ambos cónyuges, no constituye prueba en contrario del régimen económico establecido en el momento de contraerse el matrimonio. AP Castellón, Sec. 3.^a, Sentencia de 6 de octubre de 2001.

A los efectos de determinar el régimen económico del matrimonio es intrascendente que en una escritura pública de compraventa el esposo manifestase que se encontraba casado en régimen de gananciales, toda vez que ambos cónyuges tenían vecindad civil catalana en el momento de contraerse el matrimonio. AP Barcelona, Sec. 13.^a, Sentencia de 13 de septiembre de 2004.

La declaración de un régimen económico-matrimonial que se hace constar en un documento público no tiene virtualidad probatoria suficiente para su determinación, por cuanto el valor o eficacia probatoria del documento público se extiende al contenido del mismo, pero no a las calificaciones jurídicas que se incluyen, el notario da fe del hecho que motivó el otorgamiento y de la fecha, pero no de las manifestaciones vertidas por los comparecientes o por terceros. AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 17 de abril de 2007.

Por otro lado, los pactos verbales o escritos sin observar el requisito de la escritura pública no tendrán efecto alguno para calificar el régimen económico matrimonial, por mucho que hayan sido expresamente aceptados por los cónyuges, toda vez que, como reiteradamente ha indicado el Tribunal Supremo (por todas la STS de 10 de marzo de 1998). Según establece el artículo 1327 del CC en relación con el artículo 1280.3.º, para su validez, las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones habrán de constar en escritura pública; de tal modo que, cuando no consten en ese documento público, son radicalmente nulas y no producen efecto alguno ni *inter partes* ni frente a terceros.

Ineficacia del compromiso verbal que pudieran pactar los cónyuges respecto al régimen económico por el que debería regirse el matrimonio. AP La Rioja, Sentencia de 31 de julio de 2000.

Con carácter excepcional, debe hacerse mención a la Sentencia del TSJ de Baleares de 5 de noviembre de 2007 que analizó un supuesto en el que, habiéndose dictado una sentencia condenando a ambos esposos a abonar una importante deuda a un tercero (por considerar que el régimen vigente en el matrimonio era el de gananciales), el esposo interpuso recurso de casación alegando que, como llevaba más de diez años residiendo en Baleares, había adquirido la vecindad civil balear y por tanto el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes. Se acreditó en el procedimiento que en el Registro de la propiedad constaba un inmueble adquirido por el esposo casado en régimen de separación de bienes, sin embargo, también resultó probado que cuando se produjo la separación en el convenio regulado se declaró que el régimen económico era el de gananciales y en éste se incluyó la liquidación y adjudicación del inmueble a la esposa, e igualmente consta que posteriormente y para dar efectividad a los pactos del convenio se otorgó una escritura de rectificación de la inscripción registral para que constase que «su común matrimonio estaba regido por el régimen de gananciales dada la vecindad civil del marido y no por el de separación de bienes que se expresa en dicha inscripción 4.^a, solicitando se haga constar en este Registro tal rectificación». En base a ello, tanto el Juzgado, la Audiencia Provincial como el TSJ de Baleares entendieron que por aplicación de la teoría de los actos propios debía considerarse que el régimen económico del matrimonio era el de sociedad de gananciales, añadiendo este último Tribunal que «el que ahora sostengan éstos que, pese a lo anterior, el régimen de su matrimonio era el de separación de bienes atenta contra su “deber de coherencia en el tráfico jurídico”, supone una efectiva contradicción con “el sentido que de buena fe

hubiera de atribuirse a su conducta precedente” e impone, en aras al mantenimiento de la eficacia del acto realizado, que se apliquen al caso las reglas de la sociedad de gananciales, las mismas que utilizaron aquéllos para disolver su régimen matrimonial y de las que ahora quieren huir no de un modo desinteresado y con el fin de velar por la pureza del derecho sino para conseguir salvar de sus acreedores la totalidad de la vivienda».

V. PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

Cuando surge la crisis de pareja, y los cónyuges se ven abocados a acudir al Juzgado, el objeto del procedimiento es la acción principal de la separación, el divorcio o la nulidad, y los efectos que se van a derivar de la nueva situación en relación con los hijos, la vivienda familiar y las prestaciones económicas entre los cónyuges. Por aplicación de lo establecido en los artículos 1392 del CC (para el régimen de gananciales) y el 1415 del CC (para el régimen de participación) y con carácter general por el artículo 95 del CC, la sentencia estimatoria de la demanda tendrá el efecto de declarar disuelto el régimen económico-matrimonial. Sin embargo, si no existe conformidad entre los cónyuges respecto a qué régimen económico ha venido rigiendo en el matrimonio suele cuestionarse qué procedimiento será el adecuado para resolver esta petición. Lo cierto y verdad es que no existe un criterio unánime en la jurisprudencia menor y así nos encontramos con tres posiciones:

– El procedimiento de separación, divorcio o nulidad no es el adecuado para resolver la cuestión relativa al tipo de régimen económico que ha venido rigiendo el matrimonio y, por tanto, esta cuestión debe ventilarse en un procedimiento declarativo.

La razón que se da para sustentar esta tesis es que no puede acumularse al procedimiento matrimonial la acción declarativa para la determinación del régimen, ya que en el artículo 95 del CC únicamente se hace referencia al pronunciamiento genérico de disolución del régimen económico que tiene lugar, además de forma automática (lo que haría innecesario incluso el pronunciamiento judicial), como consecuencia o efecto de la estimación de la demanda matrimonial.

La determinación del régimen económico del matrimonio no es objeto del procedimiento de separación o divorcio, y por tanto dicha cuestión debe dilucidarse en procedimiento independiente. AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2000.

La determinación del régimen económico-matrimonial que ha venido rigiendo durante el matrimonio debe decidirse en un procedimiento declarativo independiente al de separación o divorcio. AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2001.

– La determinación del tipo de régimen económico puede ser un pronunciamiento de la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, siempre y cuando sea necesario efectuar dicho pronunciamiento para resolver las peticiones de las partes en relación, por ejemplo, con una indemnización del artículo 1438 del CC o 41 del Código de Familia.

Los partidarios de esta tesis, aún reconociendo que, con carácter general, la determinación del régimen económico es materia de un procedimiento declarativo, entienden que no

será de aplicación este criterio, cuando por las partes se solicita una medida derivada de la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial en relación con el régimen de separación de bienes, ya que no puede posponerse la adopción de esta medida, si procede, hasta que culmine el proceso declarativo que pudiera incoarse para dilucidar el régimen económico matrimonial de aplicación.

Aun cuando la determinación del régimen económico del matrimonio es una cuestión ajena a los procedimientos matrimoniales, procede abordar la cuestión cuando con la demanda se solicita la fijación de una compensación económica del artículo 41 del CF, al ser presupuesto necesario para su concesión la existencia del régimen de separación de bienes. AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 3 de marzo de 2003.

– La declaración del tipo de régimen económico-matrimonial puede ser un pronunciamiento de la sentencia matrimonial.

La jurisprudencia menor que apoya esta tesis se basa fundamentalmente en el principio de economía procesal, ya que es contrario a éste, después de tramitarse un procedimiento matrimonial, remitir a las partes a un juicio declarativo ordinario para la determinación del régimen económico-matrimonial. También se argumenta que si uno de los efectos de la sentencia de separación, divorcio o nulidad es la disolución del régimen económico, ello implica la previa determinación del régimen.

Si nos atenemos al contenido u objeto que la ley, tanto sustantiva como procesal, indica respecto a los procedimientos de familia, puede considerarse que la determinación del régimen económico-matrimonial puede constituir el objeto de un procedimiento de familia, y si ambas partes han aportado elementos de prueba pertinentes en la sentencia debe resolverse el tema. AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 17 de abril de 2007.

Que la determinación del régimen económico-matrimonial no sea un objeto propio del litigio de divorcio es cuestión que puede discutirse, pero en todo caso ello no parece pueda impedir que se efectúe esa declaración en orden a facilitar la liquidación del régimen económico-matrimonial, respecto del cual la sentencia firme produce la disolución, según dispone el artículo 95 del CC. AP Tarragona, Sec. 1.^a, Sentencia de 18 de julio de 2007.

Una vez que se ha dictado la sentencia de separación, divorcio o nulidad, también puede surgir la cuestión relativa a la determinación del régimen económico. En efecto, hemos constatado que en alguna ocasión, cuando se ha convocado a las partes a la comparecencia prevista en el artículo 809 del CC para la realización del inventario de los bienes y deudas del régimen económico, una de las partes ha cuestionado que dicho régimen no era el de gananciales sino que por aplicación de la norma de conflicto era el de separación de bienes. En estos casos, es evidente que si se discute qué régimen económico es el que ha venido rigiendo el matrimonio, antes de nada habrá que resolver esta duda. En los artículos 806 y siguientes del CC nada se indica respecto a esta cuestión. En principio parece que lo procedente sería la suspensión del proceso liquidatorio remitiendo a las partes al procedimiento declarativo para que se determine el régimen económico-matrimonial. No obstante, también podría valorarse la posibilidad de acudir a lo establecido en los artículos 387 y siguientes de la LEC, ya que en puridad nos encontramos ante una cuestión incidental de especial pronunciamiento que exige que el tribunal decida sobre ella separadamente en la sentencia antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito, si bien, hay

que tener en cuenta que la ausencia de cosa juzgada que tiene la sentencia que se dicta en el juicio de inventario no es compatible con un pronunciamiento para determinar el régimen económico-matrimonial. Aunque no es obligada la suspensión del curso del procedimiento de liquidación, parece de sentido común que si estamos discutiendo el tipo de régimen, lo más acertado sea dejarlo en suspenso hasta que se resuelva definitivamente el régimen económico aplicable al matrimonio. Otra opción la encontramos en el planteamiento por el cónyuge que sostiene que el régimen económico es el de separación de bienes de un procedimiento declarativo ordinario para que se determine el régimen económico, y que paralelamente solicite la paralización del procedimiento de liquidación por prejudicialidad civil (artículo 43 de la LEC).

Habiendo surgido discrepancias en la comparecencia de formación de inventario en torno a cuál es el régimen económico del matrimonio, procede suspender el procedimiento, reservando a las partes el derecho a determinar el régimen económico-matrimonial aplicable en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda por su cuantía. AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 2 de junio de 2002.

SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP)

PILAR GÓMEZ MAGAN

Abogada

RESUMEN

El SAP es un concepto novedoso en nuestro país, y poco tratado por nuestros Tribunales de Justicia. Ha sido descrito como una situación en la que un progenitor intenta deliberadamente alienar (apartar) a su hijo/a del otro progenitor, mediante un «lavado de cerebro» o adoctrinamiento progresivo, a base de descalificaciones, creando un miedo infundado o aversión, con lo cual el menor acaba odiando de forma patológica e injustificada a su progenitor, sin querer volver a verlo, llegando a destruir todo tipo de relación o vínculo con él y su familia, pudiendo generar graves problemas psicológicos al menor que sin duda arrastrará para el resto de su vida.

ABSTRACT

The existence of marriages among spouses that have different nationality and among Spaniards that have different civil vicinity generates an important problematic around the determination of the matrimonial economic regime that it is applicable to them. In the present article is analyzed with thoroughness the applicable law for the determination of the regime keeping so much in mind the national legislation –with the diverse modifications that have taken place– as the international one. Next to it is approached everything relative to the civil vicinity in connection with the matrimonial economic regime and, from the procedural point of view, the appropriate procedure so that the tribunals make the declaration of the regime for which the marriage is or has been ruling.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. CONCEPTO

III. EFECTOS

IV. SOLUCIONES PROPUESTAS POR NUESTROS JUZGADOS ANTE ESTE FENÓMENO

V. ¿PUEDE SER LA CUSTODIA COMPARTIDA OTRA POSIBLE SOLUCIÓN?

VI. ¿POR QUÉ SURGE ESTE TIPO DE CONDUCTA DE UN CÓNYUGE RESPECTO DE OTRO?

VII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El denominado «Síndrome de Alienación Parental» es una situación cada vez más presente en el contexto de nuestra sociedad dentro de las rupturas matrimoniales y, esencialmente, en la pugna creada por la obtención de la guarda y custodia de los hijos existentes de esa relación.

Existen pocos estudios en España sobre este tema, bien por falta de interés, bien porque se niega su existencia o se desconoce, aunque cada vez son más los profesionales (psicólogos, abogados, jueces, mediadores familiares, etc.) que se preocupan por su estudio y análisis. Casi todas las publicaciones existentes hasta la fecha provienen del estudio de situaciones familiares dentro de los Estados Unidos.

Como ya he dicho, en nuestro país es un tema de reciente actualidad, dado que las primeras sentencias que han abordado el tema datan del año 2002, por lo que los medios o la forma de abordar este intento que algunos califican de «maltrato infantil», todavía son muy escasos, dándose a veces «palos de ciego», para intentar resolver estas conflictivas situaciones, que aunque siempre han existido, nunca habían sido valoradas ni tratadas como tal, y máxime cuando la custodia siempre se le concedía por ley a la madre, sin que el padre se llegara a plantear la solicitud o cambio de custodia, ya que se entendía que ella era la que se había dedicado a la crianza y cuidado de los hijos y, por tanto, la más capacitada para quedarse con ellos (por eso también en el 90% de los casos era la madre el progenitor alienador, pues era con ella con la que más tiempo pasaban y la que influía de modo más determinante

en el comportamiento de los hijos). Actualmente, con la entrada de la mujer en el mundo laboral y la modificación normativa la situación se ha visto alterada, no siendo siempre la madre la que se queda con la custodia de los hijos, aunque en este camino todavía se han dado pocos pasos.

II. CONCEPTO

Hemos de iniciar diciendo que no es un síndrome como tal, ya que no está recogido por la OMS como enfermedad y no figura en el DSM-IV como un diagnóstico psiquiátrico.

El precursor del desarrollo de este concepto fue el psiquiatra forense Richard GARDNER, que ya en 1985, acuña este concepto «Síndrome de Alienación Parental», publicando en 1987 un artículo en el que describía qué se entendía con ello y cuál sería la forma de tratarlo.

Richard GARDNER (en 1985) lo definió como «un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor».

La Asociación Americana de Psicólogos Forenses, inicialmente, descalificó los planteamientos realizados por GARDNER, rechazando que dichos parámetros constituyeran un verdadero síndrome, instituyendo que dichas afirmaciones carecían de rigor científico. Así en su informe titulado «La Violencia y la Familia», decían: «Términos tales como alienación parental pueden ser usados para culpar a las mujeres de los miedos o angustias razonables de los niños hacia su padre violento». ¿Pero cómo se explica esa actitud en los menores cuando el padre no es violento?

Posteriormente, han corrido largos ríos de tinta y se han dedicado muchos artículos a su estudio, llegando a admitirse determinadas características que definen y perfilan estos síntomas o manifestaciones que presentan algunos menores respecto del progenitor no custodio. (No olvidemos que los celos hacia la nueva pareja del ex cónyuge no custodio o la ausencia de visitas durante los primeros meses y sentirse abandonado por dicho progenitor no custodio pueden crear este tipo de situaciones de rechazo en los menores, de ahí que se tenga que tratar con mucha cautela y todavía no sea ampliamente reconocido ni admitido.)

En un artículo publicado por esta Asociación Americana de Psicólogos Forenses en el año 2001, y ya admitiendo su existencia, se establece que:

«(...) Se refiere a un trastorno cuya principal manifestación es la campaña injustificada de denigración del niño hacia el padre, o el rechazo al mismo, debido a la influencia del otro combinada con la propia contribución del niño. Notar los tres esenciales elementos de esta definición: 1) rechazo o denigración hacia un padre que llega al nivel de una campaña, es persistente, no es solamente un episodio ocasional; 2) el rechazo está injustificado, el alejamiento no es una respuesta que pueda ser razonable a los comportamientos del padre rechazado, y 3)

es en parte el resultado de la influencia del otro padre. Pero si alguno de estos tres elementos estuviera ausente, el término Síndrome de Alejamiento Parental no puede ser utilizado (...)» (AMERICAN JOURNAL OF FORENSIC PSYCHOLOGY VOLUME 19, ISSUE 23, 2001/31).

Este comportamiento ha sido descrito como una situación en la que un progenitor intenta deliberadamente alienar (apartar) a su hijo o hija del otro progenitor, mediante un «lavado de cerebro» o adoctrinamiento progresivo, a base de descalificaciones, creando un miedo infundado o aversión, con lo cual el menor acaba odiando de forma patológica e injustificada a su progenitor, sin querer volver a verlo, llegando a destruir todo tipo de relación o vínculo con él, e incluso generando graves cuadros de ansiedad ante la presencia de éste.

En los casos más típicos, el padre victimizado sería considerado por la mayoría de los investigadores como un padre normal, cariñoso, como mucho con mínimas disgresiones de la capacidad parental, pero en todo caso capacitado para el cuidado de sus hijos.

Es importante señalar que el SAP se diagnostica en los menores cuando esta manipulación ya se ha producido (no es suficiente que el progenitor alienador lleve a cabo una conducta de manipulación, sino que es necesario que esta conducta realmente tenga efecto), lo que, lamentablemente, hace que tengamos que acudir a la intervención psicológica, y que ésta se produzca tarde y cuando ya se ha causado un grave daño al menor, por lo que reparar ese perjuicio es una tarea ardua y complicada ya que nos encontramos con menores convencidos de que su odio hacia el progenitor alienado está totalmente justificado, y que es fruto de su propia experiencia con él, sin que nadie le haya inducido a pensar de esta u otra manera.

Este síndrome no tiene un tiempo preestablecido para que se pueda detectar en el comportamiento del menor, sino que puede variar en el tiempo según los casos, cuánto más tiempo pase o mayor sea la capacidad alienativa del progenitor manipulador con su hijo, más tiempo tendrá para desarrollar su campaña de injurias y desacreditación. Lo que más llama la atención en el SAP es la ausencia de ambivalencia en el odio del menor, es un odio similar al de un fanatismo terrorista. Frente a este odio, el menor suele considerar al progenitor alienador como una persona sin ninguna tacha, una víctima vulnerable a la que tiene que defender.

En numerosas ocasiones este odio que siente el menor, y que carece de todo sentimiento de culpa, se extiende a todo el entorno del progenitor víctima de esta situación, como pueden ser los abuelos, los primos, amigos o la nueva pareja.

El progenitor alienado recibe este ataque por parte de su hijo inicialmente con gran estupor que posteriormente, cuando va viendo cómo pasa el tiempo y la manipulación aumenta, se torna en una gran frustración e indefensión. La lentitud de las decisiones judiciales contribuyen en muchos casos a aumentar esta sensación al no encontrar medios para parar este proceso manipulativo.

Otro punto a resaltar, sería que el progenitor alienador es el que avisa a la Policía o Guardia Civil para que presencie que no es él/ella el que manipula al menor sino que es la

propia voluntad del niño el que no quiere que se produzca este derecho de visitas (no se puede olvidar que es un derecho del niño a relacionarse con el progenitor que no convive con él y un deber del padre), ya que ese odio hacia el progenitor no custodio es tal que el simple hecho de su presencia genera en el menor ese comportamiento de rechazo, por lo que en muchos casos es muy difícil probar que existe o se está dando esta situación y máxime cuando los cuerpos de seguridad así lo atestiguan en sus informes correspondientes, de ahí que se abogue más por los puntos de encuentro, donde a su vez dicha situación puede ser observada por un profesional (asistente social, psicólogo, mediador familiar) y se pueda poner en conocimiento del Juzgado o tribunal competente, poniendo a su vez las medidas oportunas, a fin de poder así evitar un agravamiento de dicha situación.

En la mayoría de los casos en los que son varios los menores implicados la manipulación se extiende a todos ellos con el fin de que hagan un frente común hacia el progenitor alienado.

El SAP tiene serias consecuencias a largo plazo. En los casos en los que la intervención es efectiva, por un lado, el menor tiene que enfrentarse a un fuerte sentimiento de culpa por su enfrentamiento con uno de sus progenitores y, por el otro, tiene que reconocer que la persona en la que confiaba ciegamente lo ha utilizado.

Criterios de identificación de un niño alienado (GARDNER, R.A., 2002b) según J. MAYOR (2000):

Comportamientos clásicos de un progenitor alienador

Según especialistas en la materia (entre otros, POVEDYN, F., 2001), existen comportamientos tipo o característicos que permitirían detectar o identificar este tipo de conductas manipuladoras o alienantes.

A menudo, son esos mismos comportamientos, que se dan en el progenitor alienador, los que manifiesta el niño, el cual (por imitación) acaba haciéndolos suyos, debido a la gratificación y alabanzas que recibe del progenitor alienante. Dichas conductas son entre otras las siguientes:

1. Impedir que se lleve a cabo todo tipo de relación con sus hijos, como:
 - a) Rehusar pasar las llamadas telefónicas a los hijos.
 - b) Interceptar el correo y los paquetes mandados a los hijos.
 - c) Impedir al otro progenitor el ejercer su derecho de visita.
 - d) «Olvidarse» de avisar al otro progenitor de citas importantes.
 - e) Llegando incluso a cambiar de domicilio a varios kilómetros con el fin de destruir completamente esa relación.
2. Organizar varias actividades con los hijos durante el período que el otro progenitor debe normalmente ejercer su derecho de visita.
3. Presentar al nuevo cónyuge a los hijos como su nueva madre o su nuevo padre.

4. Desvalorizar e insultar al otro progenitor en presencia de los hijos, premiando la conducta despectiva y de rechazo hacia el otro progenitor (basta con que los niños vean que esa actitud hace feliz a la madre, para ofrecer su dolor y así reconfortar al adulto alienador).

5. Rehuser informar al otro progenitor a propósito de las actividades en las cuales están implicados los hijos.

6. Hablar de manera descortés del nuevo cónyuge del otro progenitor.

7. Implicar al propio entorno familiar y a los amigos en los ataques al ex cónyuge.

8. Proferir mentiras a los niños con la intención de que se genere miedo hacia el otro progenitor, diciéndoles que pretende hacerles daño, vilificando la figura de éste, llegando incluso a desear la muerte de ese progenitor odiado.

9. Relatar explicaciones frívolas, repetitivas o absurdas para justificar su desprecio, o lo que en términos clínicos se conoce por «escenarios prestados»: los hijos hablan de sucesos o situaciones que no han vivido o que, por su edad, no pueden recordar, empleando muchas veces expresiones literales del progenitor manipulador, manifestando que éstas son opiniones.

10. Presentar falsas alegaciones de abuso (físico y/o sexual) en los tribunales para separar a los niños del otro progenitor. Esta maniobra como «la bala de plata», con la que, de modo casi infalible, se consigue destruir la relación paterno-filial.

11. Tomar decisiones importantes a propósito de los hijos sin consultar al otro progenitor.

12. Cambiar (o intentar de cambiar) sus apellidos o sus nombres.

13. Impedir al otro progenitor el acceso a los expedientes escolares y médicos de los hijos.

14. Irse de vacaciones sin los hijos y dejarlos con otra persona, aunque el otro progenitor esté disponible y voluntario para ocuparse de ellos.

15. Contar a los hijos que la ropa o regalos que el otro progenitor les ha comprado son feos y prohibirles usarlos.

16. Amenazar con castigo a los hijos si se atreven a llamarle, escribirle o contactar con el otro progenitor.

17. Reprochar al otro progenitor el mal comportamiento de los hijos.

18. Decirles que no puede comprarles algo o llevarlos de vacaciones porque su otro progenitor no les paga la pensión, etc.

Para BONE-WALSH, (BONE, J. Michael y WALSH, M., 1999) hay 4 criterios que permiten de manera razonable predecir que el proceso de alienación está en curso.

1. Obstrucción a todo contacto: la razón más alegada es que el otro progenitor no es capaz de ocuparse de los hijos, por lo que éstos no se sienten bien cuando vuelven de las visitas.

2. Denuncias falsas de abuso: sobre todo de tipo sexual, aunque también alegan el abuso emocional, acusándose los progenitores sobre juicios morales de la educación de los hijos.

3. Deterioro de la relación desde la separación: es el criterio más decisivo, por lo que es importante el estudio de la relación parental antes de la separación y no fiarse únicamente de lo que cuentan los hijos.

4. Reacción de miedo por parte de los hijos: el hijo puede mostrar una reacción evidente de miedo, de desagrado o de estar en desacuerdo con el progenitor alienador. Están sometidos regularmente a tests de lealtad.

Para GARDNER (2002b) existen unas características de personalidad de los padres alienantes que se aplican en igual proporción a padres y a madres. Cuantas más características aparezcan mayor probabilidad de que el progenitor progrese del nivel moderado al grave. Este principio también se aplica a los niños que pueden progresar desde los niveles bajos hasta los más severos y el factor más importante que produce tal progresión es la duración de las maniobras de adoctrinamiento, especialmente durante los procesos de custodia.

Los padres alienantes son mentirosos, pero ellos consideran que el fin justifica los medios.

Se consideran padres perfectos.

Utilizan mecanismos de negación del SAP.

Los padres alienantes están enfadados y utilizan a sus hijos como armas.

Utilizan el poder para romper el vínculo con el progenitor alienado.

Aunque los progenitores alienantes son astutos y creativos en las maniobras de exclusión que utilizan, son al mismo tiempo ingenuos.

Sobreprotección del hijo antes de la separación.

Identificación patológica con el niño. En casos extremos pueden desarrollar una relación simbiótica con el niño.

Paranoia: pueden ver alrededor de ellos sólo maldad y malevolencia, especialmente proveniente del progenitor odiado.

Un progenitor que está lo suficientemente trastornado para inducir el SAP en un niño debe estar sufriendo algún trastorno psicológico. Para GARDNER (2002b) algunos de los más comunes aplicables a los progenitores alienantes son: Trastorno psicótico compartido, Trastorno delirante, Trastorno paranoico de la personalidad, Trastorno límite de la personalidad y Trastorno narcisista de la personalidad.

Los síntomas que aparecen en los progenitores alienantes pueden ayudar al evaluador a decidir qué nivel del SAP es aplicable: presencia de psicopatología antes de la separación, frecuencia de los pensamientos de programación, de verbalizaciones de programación, de maniobras de exclusión, de denuncias a la policía y a los Servicios de Protección de Menores, falsas acusaciones, litigios, episodios de histeria, de violación de las órdenes judiciales, éxito en la manipulación del sistema legal para mejorar la programación, riesgo de intensificación de la programación cuando consiguen la custodia.

III. EFECTOS

Hay muchos factores que pueden influir en los efectos o consecuencias que este «SAP» puede ocasionar en los menores. Todo dependerá del momento en que es detectado y se actúa para poder romper con esa relación enfermiza entre el progenitor custodio y el menor, la personalidad tanto del progenitor alienante como la de sus hijos y la aversión u odio infundado que se ha creado respecto del otro progenitor, que puede ir desde un simple rechazo hasta llegar a destruir los recuerdos del niño respecto del progenitor alienado.

Esta situación puede generar en el niño un bagaje emocional de gran peso, pudiendo encontrarse con graves obstáculos insuperables posteriormente a lo largo de su vida, tanto como para relacionarse con otras personas como para intentar iniciar una nueva relación con el progenitor perdido y su familia. Algunos de estos niños eventualmente se vuelven contra el progenitor alienador, y si el progenitor objeto de esta situación o alienado se ha perdido también para ellos, al niño le queda un vacío imposible de volver a llenar (CONWAY RAND, D., 1977).

En un futuro, pueden padecer problemas de despersonalización, es decir, trastornos de identidad e imagen, de comunicación, pueden tener depresión crónica, dolores de cabeza, trastornos gastrointestinales, tics nerviosos, incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal y además los sentimientos de culpa son enormes, sobre todo cuando se dan cuenta de que han cooperado a hacer daño al otro progenitor, sin ellos quererlo, un sentimiento de aislamiento; comportamientos de hostilidad; una falta de organización; una personalidad esquizofrénica y a veces el suicidio. «En ese momento, el alienador y el hijo chocan y el niño se queda prácticamente sin padres: sin un progenitor que lo ha estado manipulando y programando y alejando del otro», según dice BRONCHAL. Además, «los niños se encuentran doblemente perjudicados, por tener un padre o madre estigmatizado como maltratador o abusador sexual sin que lo sea», resalta BERANOAGIRRE. La situación es tan grave y los niños aguantan tanta presión, que incluso ha habido casos de suicidio, como indican estos expertos. El SAP no sólo afecta durante la infancia sino que sus consecuencias se presentan también en la vida adulta. AGUILAR explica que los hijos que lo han sufrido tienen tendencia a repetir el modelo cuando son mayores o que sufren de miedo a vincularse para no provocar toda esta situación.

Lavado de cerebro, programación, manipulación, cualquier término con el cual quiera ser llamado este proceso, es destructivo para el niño y para el progenitor alienado. Ninguno de ellos será capaz de llevar una vida normal y saludable a menos que el maltrato sea interrumpido y se adopten las medidas terapéuticas oportunas para ayudarlo a superarlo, aunque dependiendo del momento en que se detecte, la edad del menor, la gran influencia ejercida, o los años que se lleve sometido a ese tipo de «programación» por uno de sus progenitores hace que la terapia sea más o menos efectiva, ya que la mayoría de estos tratamientos se suelen abandonar relativamente temprano a no ser que estén supervisados judicialmente, finalizando cuando acaba dicho control judicial y los menores pasan a ser adolescentes o mayores de edad.

Los efectos del SAP sobre los niños y sobre el progenitor alienado podrían ser considerados como una forma de maltrato o abuso psicológico y emocional, que puede producir

un daño psicológico permanente en el vínculo con el progenitor alienado (GARDNER, R., 1999; BRANDES, J.R., 2000) Si la intervención no se produce, el niño queda abandonado y crecerá con pensamientos disfuncionales. No es sólo cuestión de que el niño podría no llegar a establecer jamás una relación positiva con el progenitor alejado, sino que sus propios procesos de pensamiento han sido interrumpidos y coaccionados hacia patrones patológicos. El modelo principal de los hijos será el progenitor patológico, mal adaptado y con una disfunción.

GARDNER estableció tres niveles de SAP:

Estadio I (ligero): Las visitas suelen tener alguna dificultad en el momento del cambio de progenitor.

Estadio II (medio): El progenitor alienador utiliza una gran variedad de tácticas para excluir al otro progenitor.

Estadio III (grave): Los hijos están en general perturbados y a menudo son fanáticos. Sus gritos, su estado de pánico y sus explosiones de violencia pueden ser tales que visitar al otro progenitor llega a ser imposible.

La gravedad del SAP se determinará o encuadrará dentro de alguno de estos tres tipos dependiendo de si se dan algunas o todas las conductas anteriormente reseñadas, así como su gravedad.

IV. SOLUCIONES PROPUESTAS POR NUESTROS JUZGADOS ANTE ESTE FENÓMENO

Todavía es algo muy novedoso dentro de nuestros Juzgados, por lo que su aceptación o no se hace con mucha cautela, y su admisión debe estar apoyada en informes psicológicos fiables, aunque son muchos los psicólogos que todavía no reconocen este conjunto de síntomas como síndrome, al no estar reconocido, como hemos expuesto al principio en el DSM-IV como un diagnóstico psiquiátrico, por lo que son reacios a emitir informes que pongan de manifiesto claramente esta situación y menos aun de calificarlo como síndrome.

Entre los Juzgados y Tribunales que lo reconocen y aceptan, unos optan por asignar un cambio de custodia, privando al cónyuge que «manipuló a sus hijos en contra de dicho progenitor» de todo tipo de contacto con los menores hasta que se afiance la relación que se ha visto deteriorada por este «lavado de cerebro» de los menores, pero en muchas ocasiones no se le concede al otro progenitor sino que se suele conceder a algún familiar cercano a este último (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Manresa de 4 de junio de 2007), o incluso a una institución pública (AP de Asturias, en Sentencia de 11 de diciembre de 2006), hasta que transcurre un período de adaptación y en la mayoría de los casos bajo supervisión de un especialista que emitirá informes periódicos para poder adoptar una solución definitiva, evitando así daños que se podrían convertir en irreversibles en el menor. Esta solución ya fue propuesta por R. GARDNER en su día, aunque también ha sido la solución adoptada a base de ensayo-error, llevada a cabo por los profesionales. También hay jueces que sin cambiar la custodia del progenitor «alienador» aconsejan la mediación familiar (AP

de Barcelona en Sentencia de 15 de enero de 2007, AP de Sevilla en Sentencia de 24 noviembre de 2006; AP de Murcia en Sentencia de 16 de octubre de 2006). Y otros, quizá la postura mayoritaria, mantienen la custodia del menor por parte del padre o la madre que lo ha causado, y amplían el régimen de visitas al progenitor contra quien se está dirigiendo la instrumentalización del menor o varían únicamente dicho régimen de visitas.

A la hora de adoptar este tipo de resoluciones, sería conveniente supervisar estas visitas, por un lado, para ver que efectivamente ha cesado esa conducta manipulativa en el progenitor que la llevaba a cabo y, por otro, que se favorece el acercamiento y las relaciones con el otro progenitor. De ahí la conveniencia de que estas visitas sean tuteladas y supervisadas por especialistas sin que la decisión judicial adopte una solución definitiva hasta que no transcurra un tiempo prudencial.

El problema es que no existen centros ni recursos públicos adecuados para esta problemática.

También hay que tener en cuenta que muchas veces el padre o madre que causa el SAP presenta un trastorno psiquiátrico o patológico como reacción emocional a una separación traumática. En ese caso se debe someter a un tratamiento, incluso solicitar la intervención de un mediador familiar si fuera posible para poder limar las tensiones entre ambos ex cónyuges.

Hace unos años, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante confirmó un fallo del Juzgado de Familia número 8 en el que se ordenaba «la supervisión y tratamiento médico y psicológico» de un menor para la «recuperación de su salud psicológica y el restablecimiento de los vínculos con el padre por observarse indicadores de la existencia de un síndrome de alienación parental severo».

Sin embargo, los magistrados suspendían el régimen de visitas del padre y mantenían la custodia para la madre porque dársela a él no era «una posibilidad realista» en ese momento.

En otro caso fallado en el año 2003, el Juzgado de Primera Instancia 10 de Alicante concedió la custodia de una niña a su padre, por entonces de 14 años, pese a que había indicios de «posible síndrome de alienación parental» y de que el entorno no favorecía su contacto con la madre.

Una sentencia de gran calado en Nuestros Tribunales y la cual ha hecho que este tema se tenga en cuenta por ellos es la SENTENCIA del Tribunal Europeo de Derechos Humanos BASADA EN EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL, la cual era favorable a un padre al que se le había denegado el «régimen de visitas» sobre la base de las declaraciones de su hijo de cinco años, víctima del Síndrome de Alienación Parental.

En diciembre de 1986 nace N., cuyos padres conviven juntos sin estar casados. En junio de 1988, los padres se separan y la madre se muda. A partir de julio de 1991, la madre impide el vínculo. El padre gestiona infructuosamente todo tipo de tramitaciones, que las sucesivas instancias de los tribunales alemanes le deniegan. Por último, recurre al Tribunal Europeo

de Derechos Humanos que, en esta sentencia, dictada en julio de 2000, le da la razón e impone al Estado alemán el pago de una indemnización. Para entonces han pasado diez años desde que dejó de ver a su hijo.

La base de la estrategia fue alegar el Síndrome de Alienación parental como motivo del rechazo que a su vez motivó la denegación del Régimen de Visitas y plantear la negligencia del Estado Alemán en cuanto no dio lugar a una pericial que hubiera permitido establecer la relación de alienación parental que había establecido la madre con el niño en contra del progenitor: Es interesante mostrar cómo se usa al niño como arma en contra del padre ya que se lo instruye para que sea éste un arma judicial para negarle el Régimen de Visitas y cómo el propio sistema judicial se basa en los dichos del niño sin advertir que es víctima de una enfermedad y que en esas condiciones está en medio de una relación abusiva por parte de su madre.

La sentencia muestra, además, el total reconocimiento de los mecanismos de programación o persuasión coercitivas propios del síndrome, o en términos más vulgares, cómo un progenitor que ejerce la tenencia puede «lavar el cerebro» de un niño cuando éste no ve desde hace mucho tiempo a su padre y esto desde un Organismo Internacional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Donde podemos hallar mucha base jurisprudencial es en las resoluciones de los Jueces y Tribunales Estadounidenses, pero que nunca afectan ni afectarán de ninguna forma a nuestro sistema jurídico a no ser que el SAP se vea reconocido a nivel mundial y cada vez con mayor calado. No obstante, no podemos olvidar que los tribunales españoles suelen aceptar la interpretación de la ley extranjera traída al proceso en su prueba a través del dictamen de dos jurisconsultos extranjeros, los cuales pueden apoyarse en varias decisiones jurisprudenciales sobre la cuestión. Ésta sería la única forma de que la experiencia de otros Tribunales extranjeros pudiera tener un mayor calado en los nuestros.

He recogido en este artículo algunas de dichas resoluciones:

La alienación parental ha sido reconocida en los casos de custodia en Nueva York desde 1980, cuando se sostuvo que una interferencia del padre custodio en la relación entre un niño y un padre no custodio es «un acto tan inconsistente con los mejores intereses del niño que suscita por ser una fuerte probabilidad de que la parte ofensora no sea la idónea para ser el progenitor custodio».

En el caso de Karen B. vs. Clyde M., las partes llegaron preliminarmente a un acuerdo sobre la custodia y el régimen de visitas. En septiembre de 1990, la madre cursó una petición de modificación de éstos, solicitando «retener todos los derechos de custodia y, al menos, imponer la supervisión en el curso de las visitas». Alegaba un cambio de circunstancias en el que «Mandi había mostrado preocupaciones de tipo sexual, y problemas de comportamiento derivados de aquéllas. Igualmente no es bueno para su bienestar físico, emocional y social tener que estar yendo y viniendo entre las casas de su padre y su madre. La asistencia social está investigando al respecto». Como resultado de sus alegaciones, el juzgado emitió una orden temporal que obligaba a que las visitas del padre a Mandi fueran supervisadas.

Según la madre, en septiembre de 1990 Mandi le reveló cierto abuso sexual que sobre ella hubiera perpetrado su padre. La madre declaró que él había puesto su dedo en su «cosita». Cuando ella le dijo que eso le dolía, él le respondía que él podía hacer lo que quisiera. También decía alegar la niña que el «pito» del padre se hizo más grande, y que «le salió algo». La madre le contó esto a una amiga que estaba empleada en los Servicios Maternales de la Comunidad, la cual se presentó en su casa a investigar. Madre e hija fueron entrevistadas por una terapeuta especializada en abusos sexuales a niños de edades entre 2 1/2 y 18 años.

La madre repitió todas sus acusaciones a la terapeuta y, adicionalmente, manifestó que el 9 de septiembre Mandi le había dicho que él había puesto su «cosita» en su «cosita» y que le había puesto las manos en el culo metiéndolas bajo la manta, diciendo «Ya sabes, como cuando te toman la temperatura». La experta no observó ninguna emoción cuando la madre le habló, verificando que la madre parecía estar repitiendo una historia de memoria, y que era incapaz de responder a ninguna pregunta sin volver a comenzar de cabo a rabo con la historia completa. La experta concluyó que no había información que indicara que Mandi había sido objeto de abuso sexual alguno por parte de su padre.

El juzgado mantuvo que un progenitor que denigra al otro arrojando el infundio del abuso sexual al niño y evidenciando con ello que el niño no es más que un instrumento para lograr su propósito egoísta, no es adecuado para continuar en su rol de padre o madre. Constató que lo que constituiría el mejor interés de Mandi era que la custodia se diera al padre. Afirmó: «como el tribunal no tiene seguridad de que la madre no vaya a continuar “lavando el cerebro” o “programando” a Mandi, la peticionaria no tendrá régimen de visitas con su hija».

En palabras del Tercer Departamento. Hacía notar que el Tribunal de familia había comprendido que la peticionaria había programado a Mandi para hacer alegaciones de abuso sexual a fin de obtener la custodia única y denegar el acceso a su ex marido. Mantuvo que el hecho de que el Tribunal de Familia hiciera referencia a un libro sobre el Síndrome de Alienación Parental que no se había propuesto como prueba o mencionado por ningún testigo, no constituía motivo de oposición, especialmente a la luz de todos los testimonios suscitados en la audiencia.

En el caso RB. vs. SB, el Tribunal constató que antes de su separación en octubre de 1994, el padre (RB) y el hijo (AB) mantenían una relación estrechísima. Pasaban mucho tiempo juntos, jugando al baloncesto y haciendo los deberes de AB. RB llevaba al colegio a AB habitualmente y asistía a las funciones escolares. El agosto de 1994, la relación de RB con AB se deterioró sustancialmente. Los archivos están repletos con numerosos ejemplos de la campaña de la madre (SB) para envenenar la relación de AB con su padre. RB le pidió reiteradamente a SB que se abstuviera de hablar a AB de sus problemas hasta después del mitzvah de AB el siguiente domingo. En respuesta, SB reiteró sus amenazas, en las que usaba a AB.

El Tribunal concluyó que el extrañamiento que durante cuatro años había sufrido AB de su padre era el resultado de la decisión vindicativa y despiadada de SB de alienar a AB de su padre. El Tribunal descubrió que a principios de agosto de 1994 SB emprendió una auténtica campaña para envenenar la relación entre AB y RB, logrando eficientemente alienar

a AB de RB durante aproximadamente cuatro años. Durante los cuatro años en los que AB no deseaba ver o hablar a su padre, SB se refería a RB como el «malo», un «ladrón», un «estafador» y un «mentiroso» delante de su hijo. Ella le dijo a RB que no volvería a ver a su hijo sin su supervisión, e intentó condicionar el régimen de visitas a cambio de más pensión. Le dijo que deseaba que AB «odiara sus jod... entrañas».

El tribunal mantuvo que la interferencia intencionada de SB en las relaciones de RB con su hijo, hasta el punto de lograr que AB rehusara ver o hablar con RB durante casi cuatro años, constituía un factor adecuado para que el Tribunal considerara el cumplimiento de la DRL, en cuanto al mantenimiento. Consideró que SB había dañado permanentemente la relación de RB con AB. El Tribunal rehusó aprobar una pensión compensatoria para SB a fin de que ella pudiera mantener su anterior estatus de vida. En su lugar, dictaminó que RB pagara a SB sólo aquellas cantidades que SB necesitara razonablemente para su subsistencia diaria siempre y cuando no disminuyera la calidad de vida de AB. Se mantuvo la asignación de los deberes de sostén y apoyo al niño por parte de SB, asegurándose que los programas de visita judicialmente establecidos a la conclusión del juicio eran aceptados por ella. El Tribunal dictaminó que se emprendería acción judicial para quitar la pensión compensatoria y disminuir o eliminar la del niño si se volvía a evidenciar que SB volvía a interferir de algún modo con el régimen de visitas establecido por el Tribunal.

V. ¿PUEDE SER LA CUSTODIA COMPARTIDA OTRA POSIBLE SOLUCIÓN?

De hecho, BRONCHAL piensa que «la custodia monoparental favorece la aparición del SAP porque le da a un progenitor el sentimiento implícito de ser dueño y señor de los hijos», por lo que junto con AGUILAR se muestran partidarios de la custodia compartida en el sentido de que el hijo podría compartir más tiempo con los dos padres y contrastar por sí mismo la realidad, lo que restaría eficacia a los mensajes que le intentan inculcar de odio hacia el otro progenitor. Sin embargo, un tercer experto, TEJEDOR, opina que la custodia compartida es lo ideal cuando los dos hogares no se encuentren muy alejados y el divorcio haya sido de mutuo acuerdo, pues recalca que en el SAP uno de los dos progenitores no quiere que el otro tenga contacto con los hijos y no hay comunicación entre ellos, por lo que dicha situación continuaría dándose, a pesar de esa mayor relación de los hijos con ambos progenitores.

Yo también entiendo que la custodia compartida puede ser una buena solución para evitar que en el futuro puedan surgir este tipo de situaciones alienantes, pero siempre y cuando la relación de los progenitores sea buena, ya que la comunicación cooperativa y la satisfacción parental suele ser mayor (sin olvidar que en una pareja que opta por una ruptura racional con custodia compartida se dan menos estas situaciones que en una ruptura conflictiva, por lo que no nos pueden inducir a error las estadísticas ya que ambas situaciones son completamente distintas y creo que no se pueden aunar criterios), pues en los casos en los que se impone una custodia compartida (o cambio de custodia) para poder revertir esta situación inicial puede ser contraproducente ya que el otro progenitor dolorido o comprensiblemente traumatizado al verse víctima en el pasado de esta situación, puede seguir aún herido, temeroso y desconfiado, por lo que podría actuar con idénticas tácticas de alienación parental respecto del otro cónyuge, sin que quede demostrado que el cónyuge alienador (inicial) cese en su actitud, por lo que debemos ser cautelosos a la hora de establecer la

guarda y custodia compartida en estos casos, solicitando a su vez seguimientos periódicos y apoyo psicológico constante a ambas partes, sin olvidar nunca que siempre prima sobre los progenitores el interés del menor (LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Al mismo tiempo, los tribunales deben permanecer alerta en el control de los «padres recuperados», proponiendo revisiones a medio plazo de dichas medidas, así como el sometimiento a terapia o mediación familiar a ambos progenitores en todo caso, para evitar que esta situación pueda volver a resurgir en un futuro próximo o al verse modificada cualquier circunstancia, como puede ser el inicio de una nueva relación.

El verdadero cáncer en los tribunales de familia es la inquebrantable defensa de una rígida ideología que suelen llevar aparejada todos los procesos litigiosos, que es el pensamiento bipolar de ganadores y perdedores, ya que hasta hace relativamente poco había que argumentar una causa para solicitar la petición de separación, y es ahí donde se puede dar esa doble vertiente: ¿Es Violencia Doméstica (maltrato psicológico) o Alienación Parental?

VI. ¿POR QUÉ SURGE ESTE TIPO DE CONDUCTA DE UN CÓNYUGE RESPECTO DE OTRO?

Este tipo de situaciones se suele producir en separaciones o divorcios conflictivos, donde las diferencias y disputas entre los cónyuges son más marcadas, y hay una gran pugna por la custodia de los hijos, sin que en ningún momento dada su obcecación por la situación personal les deje ver la realidad y las auténticas necesidades de las partes en conflicto, de ahí la necesidad, a mi entender, de la intervención de un mediador familiar, el cual pueda facilitar no sólo un proceso de negociación sino para intentar suavizar las tensiones existentes, creando un ambiente o contexto familiar cooperativo que abra la posibilidad de cambiar un proceso conflictivo en un proceso de diálogo. Este planteamiento de mediación debe considerarse en relación directa al contexto judicial, desarrollándose en el mismo o con una vinculación muy estrecha que permita una auténtica orientación psicojurídica conjunta.

Suele surgir por el afán de venganza de uno de los progenitores hacia el otro, bien por el miedo a perder a los hijos o celos por la relación existente entre el otro progenitor y los menores, bien por no estar preparados para afrontar una situación de fracaso matrimonial, y máxime si uno de ellos ha encontrado pareja y ha rehecho su vida, incluso el miedo a poder perder a los hijos.

¿Cuándo podemos entender que se comienza a producir esta situación de Alineación Parental?

No hay un momento concreto para que se pueda empezar a producir y esto por la multitud de circunstancias que lo pueden desencadenar (miedo a perder a los hijos, porque el otro progenitor rehaga su vida sentimental, por la no superación de la crisis matrimonial, cuando surgen las primeras comparativas de los hijos con ambos progenitores, etc.) aunque muchas veces se inicia incluso antes de haberse iniciado los trámites de separación, dentro del hogar familiar cuando los conflictos ya han empezado a aflorar y cada vez la situación es más insostenible, y se ve como única salida acudir al procedimiento judicial, o bien cuando

uno de ellos ha abandonado el domicilio conyugal, y el cónyuge que en ese momento se queda con los hijos intenta hacer piña con ellos y ponerlos de su parte, para que cuando surja esa disputa por su custodia tenga más posibilidades de conseguirla.

Consecuentemente el síndrome puede afectar también a familiares del progenitor alienado como son: abuelos, tíos, primos, etc. Otras veces, sin llegar a sentir odio, el SAP provoca en el niño/a un deterioro de la imagen que tiene del parental alienado, resultando de mucho menos valor sentimental o social que la que cualquier niño tiene y necesita de sus progenitores: «el niño/a no se siente orgulloso de su padre/madre como los demás niños». Esta forma más sutil, que se servirá de la omisión-negación de todo lo referente a la persona alienada, no producirá daños físicos en los menores, pero sí en su desarrollo psicológico a largo plazo, cuando en la edad adulta ejerzan su papel de progenitores. El Síndrome de Alienación Parental está considerado como una forma de maltrato infantil. Existen antecedentes en los que la Justicia ha actuado penalmente contra dicho maltrato, que generalmente es causado por madres separadas movidas por el despecho o venganza hacia el otro progenitor. Sin embargo, existe todavía una gran resistencia a tomar medidas impopulares por parte de los jueces en parte por la presión mediática de grupos feministas en clara inconsistencia con muchos de sus principios.

Consecuencias sobre los niños y padres alienados: Los niños que sufren este maltrato quedan totalmente indefensos e incapacitados para ayudarse a sí mismos, entre otras cosas porque no saben que son objeto de ese tipo de manipulaciones por parte de su padre o madre y al que adoran de una forma ciega y en algunas ocasiones casi de forma enfermiza, por lo que sólo pueden esperar que los adultos, si lo detectan, lleguen a resolver el problema para liberarse de esta pesadilla. Si el problema entre los adultos no se resuelve, el niño queda abandonado y crece con pensamientos disfuncionales. No es únicamente cuestión de que el niño pueda no llegar jamás a establecer relaciones positivas con el padre alejado, sino que sus propios procesos de razonamiento han sido interrumpidos, coaccionados y dirigidos hacia patrones patológicos. Se ha aceptado ampliamente que los patrones de maltrato o abuso físico no podrán ser desarraigados hasta que el sujeto no realice una elección consciente, así encontramos que los patrones de abuso emocional y psicológico serán transmitidos también de una generación a otra.

Los padres que, literalmente, han perdido a sus hijos en los casos más severos del síndrome, sienten como si sus hijos hubieran muerto. El padre llora y se resiente por la pérdida de sus seres queridos. Si los tribunales de justicia no intervienen, los padres alienados no tienen ninguna oportunidad, pero siguen amando y recordando, desde la distancia, a sus hijos. El padre alienado compara su pesar al producido por la muerte de un hijo, y máxime cuando se acercan fechas señaladas, como los Reyes Magos, llegando incluso a no comprar regalos para hijos a los que no se los podrán entregar. La única esperanza para estos padres es que algún día, alguien, se acerque a sus hijos y les explique lo patológico de lo sucedido y que los niños, voluntariamente, comiencen a reconstruir una relación con su padre perdido.

No podemos olvidar tampoco la frustración posterior del padre contra el que se ha generado ese odio al no poder revertir la situación ni conseguir una buena comunicación con su hijo, odio que también puede hacer que reincida nuevamente sobre el menor, encontrándonos en un posible círculo vicioso (a la inversa) si no se acude a la intervención de profesionales tales como psicólogos, mediadores, etc.

Lavado de cerebro, programación mental, manipulación, cualquiera de estos términos con el cual se llamase a este proceso, es destructivo para el niño y para el padre alienado. Ninguno de los dos podrá ser capaz de llevar una vida normal y saludable a menos que el maltrato sea interrumpido.

VII. CONCLUSIONES

Entender el SAP es de máxima importancia para el bienestar del niño y el propio bienestar psicológico de los padres. Los padres divorciados, los abuelos, jueces, mediadores, abogados y psicólogos precisan entender la dinámica de la alienación parental, reconocer los comportamientos sintomáticos y saber ejecutar tácticas para combatir la disfunción.

La solución a este problema no es fácil. Todos los que de alguna u otra manera están implicados con el sistema familiar debieran conocer y diferenciar perfectamente este síndrome. Cualquier cosa que uno pueda hacer por comprender las circunstancias en que este fenómeno pueda darse y por entender las dinámicas subyacentes, servirá para ayudar a la familia.

A la hora de otorgar una guardia y custodia, un juzgado debería considerar la posible evidencia de la alienación parental. En la determinación del mejor interés para el menor, un juzgado debe considerar todos los factores relevantes y los intentos por parte de uno de los progenitores para destruir la relación del niño con el otro progenitor son, indudablemente, relevantes para la determinación del mejor interés para el menor.

La Alienación Parental comprende muchos tipos de conducta inapropiada. La legislación penal debería reconocer, tipificar específicamente y condenar algunos tipos de comportamientos de Alienación Parental atendiendo al mejor interés para el menor.

Un juzgado debería considerar cuál de los dos padres es más probable que respete la cuota de amor, afecto y contacto debida al otro progenitor, para otorgar la custodia de un menor, así y de manera inversa, debería considerar si un progenitor ha intentado predisponer a un niño en contra del otro progenitor, o lo ha alentado para ser desobediente e irrespetuoso con éste; si un progenitor alienador ha intentado implicar a terceros; si los abuelos están también implicados en las conductas de alienación; si un progenitor ha presentado falsas alegaciones de abuso, y, finalmente, un juzgado debería considerar si existe alguna evidencia que indique que un progenitor alienador interrumpirá su comportamiento en el futuro.

Considero importante continuar estudiando el SAP, aportando datos sobre los efectos que causan tanto en los menores como en los progenitores, buscando soluciones, tratando de concienciar sobre su importancia a todo el mundo (jueces, abogados, psicólogos, asistentes sociales, ...) para que empiecen a darle la importancia que merece el SAP, así como transmitiendo sus conocimientos y experiencias, para intentar, en la medida de lo posible, detectarlo en un estadio temprano (aunque eso no siempre es viable) aportando las soluciones que creamos más convenientes mediante estudios científicos fiables, resoluciones judiciales fundadas, etc.

Revista de **Derecho de** **familia**

JURISPRUDENCIA

SOCIEDAD DE GANANCIALES

Suspensión de la ejecución de la sentencia que acordaba la división de la cosa común y la venta en subasta pública del inmueble hasta tanto se resuelva el recurso de amparo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, AUTO DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 22 de noviembre de 2006 la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo interpuso demanda de amparo constitucional, en representación de don Jaume, contra la providencia de fecha 28 de noviembre de 2005 por la que (núm. 226-2005) dimanante del procedimiento ordinario núm. 309-2003.
- ⊙ Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Reus se siguieron autos sobre división de cosa común.
- ⊙ Con fecha de 30 de septiembre de 2005 la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona dictó auto por el que inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente contra el Auto de 30 de septiembre de 2005, por el que se tuvo por desierto el recurso de apelación interpuesto.
- ⊙ Instada la ejecución de sentencia, el demandado, don Jaume, interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Entiende el recurrente que la resolución impugnada vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción.

Alega que procede la suspensión de la ejecución por cuanto de no admitirse el amparo perdería su finalidad, habida cuenta de que en el procedimiento se sustancia una acción de división de un inmueble con venta en pública subasta; sin que, por lo demás, en el presente caso se pueda percibir la afección de intereses generales ni el perjuicio de derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero como consecuencia de la adopción de la suspensión interesada.

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó su escrito de alegaciones, interesando de este Tribunal la concesión de la suspensión solicitada. Tras hacer detenido repaso de la doctrina consolidada por este Tribunal sobre el régimen de la suspensión previsto en el artículo 56 LOTC y advertir que la suspensión solicitada no se refiere directamente a la resolución impugnada, de contenido netamente procesal, que rechazó la tramitación de la nulidad de la resolución que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto, sino que se deduce en relación con la ejecución de la Sentencia dictada en la instancia, que estimó la demanda de división del inmueble y acordó su venta en pública subasta, concluye el Fiscal que, dado el contenido dispositi-

vo del fallo, parece evidente la irreparabilidad de lo acordado de no estimarse la suspensión, por lo que considera aconsejable acordar la suspensión tanto de la resolución impugnada como de la ejecución de la Sentencia de la que aquélla trae causa, así como, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal en asuntos similares, acordar la anotación registral de la demanda de amparo.

Establece el artículo 56.2 LOTC, que «cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona».

En aplicación del artículo 56.1 LOTC, en gran parte similar en su redacción a la reciente reforma de la Ley Orgánica 6/2007, este Tribunal ha declarado reiteradamente que, en principio, cuando la suspensión se solicita en relación con la ejecución de resoluciones judiciales firmes y definitivas, lo más ajustado al interés general es no acceder a la suspensión de su ejecución y, en consecuencia, no enervar su cumplimiento (por todos, ATC 214/1999, de 14 de septiembre, FJ 1), salvo que, de no acordarse la suspensión, el amparo hubiese de perder toda finalidad, lo que explica que, como criterio general, no proceda suspender aquellos pronunciamientos judiciales que admiten la reparación o la restitución íntegra de lo ejecutado, como sucede de ordinario con las resoluciones judiciales que condenan al pago de una determinada cantidad (entre otros muchos, AATC 293/2001, de 26 de noviembre; 211/2004, de 2 de junio; 149/2006, de 8 de mayo; 460/2006, de 18 de diciembre).

Sin embargo se ha apreciado la procedencia de la suspensión en aquellos supuestos en los cuales la afectación de los bienes del recurrente o de sus derechos patrimoniales pudiera devenir definitiva o difícilmente reversible, en cuyo caso aquella regla ha cedido en favor de una ponderación de intereses y valoración de las circunstancias que, eventualmente, han permitido acordar la suspensión de la resolución impugnada. Así ha sucedido cuando la ejecución conllevaba el embargo y adjudicación a un tercero de buena fe de ciertos bienes inmuebles, con la consiguiente consolidación de una posición jurídicamente inatacable o de muy difícil y costoso restablecimiento (así, AATC 565/1986, 52/1989,

222/1992, 183/1996, 5/1997, 52/1997, 287/1997, 99/1998, 208/2001, 106/2005 y 416/2006), o cuando se declara la resolución de la relación arrendaticia y se acuerda el lanzamiento de la vivienda o local, pues la pérdida de la posesión de ésta podría dar lugar a un perjuicio difícilmente reparable en su integridad, al generar una situación irreversible (entre otros, AATC 684/1986, 405/1989, 351/1991, 234/1995, 47/1997, 137/1998, 255/1999, 174/2000, 187/2001 y 210/2001) e incluso en supuestos de privación temporal del uso de la vivienda (ATC 223/1996).

Atendiendo al criterio interpretativo señalado, en el que han de ponderarse los intereses en conflicto y el contenido y naturaleza de la resolución judicial de la que se interesa su suspensión, cabe advertir que en el caso ahora examinado la suspensión interesada se refiere a la ejecución de la Sentencia dictada en la primera instancia (Sentencia de 14 de enero de 2005 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Reus), por la que se declaró extinguido el condominio sobre el inmueble litigioso y se ordenó su venta en pública subasta. Tal solicitud encuentra justificación en que la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente dispuestos, se habría producido al declarar desierto el recurso de apelación (por falta de personación) interpuesto contra la Sentencia del Juez de Primera Instancia, impidiendo así que la Audiencia Provincial revisara la Sentencia cuya ejecución se interesa sea suspendida. De modo que, de ejecutarse la Sentencia del Juez de Primera Instancia, la eventual estimación de la demanda de amparo carecería de efecto práctico en cuanto conduciría a la tramitación del recurso de apelación habiéndose ya extinguido el condominio mediante la enajenación de la finca con carácter irreversible.

La consideración de las particulares circunstancias que concurren en el presente caso aconseja —como sostiene el Fiscal— acordar la suspensión interesada, dado que la misma, atendidas aquellas circunstancias, no entraña grave perturbación de los intereses generales o de los derechos fundamentales y libertades públicas de tercero; todo ello sin prejuzgar, naturalmente, la decisión de fondo del recurso.

La suspensión acordada garantiza suficientemente al demandante el resultado que pueda producirse en el recurso de amparo, sin que sea preciso otorgar una protección adicional a través de la anotación preventiva de su demanda como solicita el Fiscal.

MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

El Tribunal Constitucional confirma el criterio de que los Jueces Encargados de los Registros Civiles carecen de legitimación para interponer una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el matrimonio de homosexuales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, AUTO DE 16 DE ENERO DE 2008

ANÁLISIS DEL CASO

- En expediente matrimonial seguido por don Salvador y don Rafael ante el Registro Civil de Cieza, el Juez Encargado, por providencia de 5 de julio de 2007, acordó plantear la cuestión de constitucionalidad «ante la posibilidad que la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, aplicable al presente expediente, pueda vulnerar en alguno de sus artículos la Constitución Española, toda vez que el expediente se halla concluso y pendiente de dictar resolución, en virtud del artículo 35.2 de la LOTC, notifíquese la presente al Ministerio Fiscal y a las partes para que en el plazo común de 10 días aleguen lo que a su derecho convengan».
- El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido en el que se opuso al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad por no estar el Juez encargado del Registro Civil facultado para promoverla (AATC 505 y 508/2005), así como, en cuanto al fondo del asunto, por considerar que el artículo 44, párrafo segundo, del Código Civil no vulnera el artículo 32.1 CE.
- La representación letrada de don Salvador se opuso también al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad por no concurrir los requisitos del artículo 163 CE (ATC 505/2005) y, en cuanto a la cuestión de fondo suscitada, por no estimar que el precepto legal cuestionado vulnera el artículo 32.1 CE.
- El Tribunal Constitucional no admitió a trámite la cuestión por entender que el Juez Encargado del Registro Civil carece de legitimación. Existen votos particulares favorables a la admisión de la cuestión.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentación jurídica de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez Encargado del Registro Civil de Cieza.

a) En cuanto a la facultad de los Jueces y Magistrados encargados del Registro Civil para promover una cuestión de constitucionalidad, se afirma en el Auto que de los artículos 163 CE y 35 LOTC se colige que los Juzgados y Tribunales están facultados para plantear cuestiones de constitucionalidad cuando, al encontrarse pendiente de resolver un proceso, les surgieran dudas sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma legal de cuya validez dependa el fallo.

Los Jueces y Magistrados *ex* artículo 117 CE son independientes en el ejercicio de todas sus funciones sin excepción, están sometidos exclusivamente al imperio de la ley y en ningún caso subordinados jerárquicamente a ningún otro órgano. La pérdida de la independencia judicial conllevaría el desequilibrio de uno de los tres pilares del Estado social y democrático de Derecho, ya que, de admitirse la dependencia jerárquica del Juez a otro órgano en la toma de sus decisiones judiciales, éstas ya no estarían basadas en estrictos criterios de sumisión legislativa, único canon que debe presidir todas y cada una de las decisiones en el ejercicio de la fun-

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

ción jurisdiccional. Esta nota de independencia de todo Juez o Magistrado no está condicionada a las funciones que desarrolle, sino que, por el contrario, debe estar presente en todas y cada una de sus funciones, también en su función como Juez encargado del Registro Civil.

De otra parte, de conformidad con la interpretación que el Tribunal ha hecho de los términos «proceso» y «fallo» del artículo 163 CE, el elemento teleológico del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad no reside en limitar el campo de actuación de los Jueces y Magistrados para promoverla, sino en garantizar que guarden y hagan guardar en todo momento la Constitución y las leyes. Por ello, en debido cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de todo Juez o Magistrado, éstos están habilitados para plantear la cuestión de constitucionalidad en todos los asuntos que conozcan en el ejercicio de sus funciones siempre que duden de la constitucionalidad de una ley de cuya validez depende la decisión a adoptar. Sostener lo contrario supone afirmar que el Juez o Magistrado lo es, a los efectos aquí debatidos, en todas sus funciones, excepto en la registral, que se apartaría del sistema garantista de la Constitución. No puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley ante el Tribunal Constitucional a un Juez o a un Tribunal en unas actuaciones que, sea cual fuere su naturaleza y forma de desarrollo, constituyen una manifestación de su poder decisorio. No reconocerlo así conduciría a la grave conclusión de admitir que el órgano judicial en los supuestos en que ejerza ese tipo de potestad de carácter decisorio, como sucede al frente del Registro Civil, se ve obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda.

A las precedentes consideraciones, ha de añadirse el carácter jurisdiccional de las funciones que desempeña el Juez encargado del Registro Civil, pues la función jurisdiccional no sólo abarca la llevada a cabo en asuntos en que existe controversia entre las partes, sino igualmente la que sitúa al Juez en poder decidir sobre una cuestión respecto de la que existe concierto entre las partes, acudiendo éstas al órgano judicial para imprimir un sello de autenticidad en la resolución final del asunto (artículo 181 LEC 1881).

En definitiva, los Jueces y Magistrados, órganos dotados de absoluta independencia funcional, están plenamente habilitados para plantear cuestiones de constitucionalidad en todos los asuntos en los que tengan que aplicar una ley de cuya constitucionalidad dudan. Cualquier otra interpretación choca con

la posición del Juez como garante del cumplimiento de la Constitución. De modo que ha de concluirse que los Jueces encargados del Registro Civil son verdaderos órganos judiciales independientes en sus funciones, que desempeñan una labor calificada de auténtica función jurisdiccional y que, por lo tanto, están legitimados para promover la cuestión de constitucionalidad.

b) En cuanto al tema de fondo suscitado, el órgano promotor de la cuestión de constitucionalidad considera que el artículo 44, párrafo segundo, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, al permitir la celebración de matrimonio civil entre personas del mismo sexo y con los mismos efectos que entre sujetos de sexo diferente contraviene, no sólo la conceptualización heterosexual que la Iglesia católica tiene del matrimonio, así como la definición que del matrimonio se mantiene en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como unión de hombre y mujer, sino también el artículo 32.1 CE, cuyo tenor literal es claro y rotundo, pues la mención que en él se hace al hombre y a la mujer es una evidente alusión a la exclusividad de la institución matrimonial para las uniones heterosexuales.

Buena prueba de ello son las fórmulas que en los distintos preceptos constitucionales se utilizan para definir los titulares de los derechos y deberes fundamentales. Así, en algunas ocasiones se utiliza el término «españoles» para referirse a determinados derechos de todos (hombre y mujeres) aquellos de nacionalidad española (artículos 12, 14, 29, 30 y 35 CE). En otras se emplea el término «todos», también en clara referencia generalizada y sin discriminación entre hombres y mujeres (artículos 15, 17, 24, 27, 28, 31 y 35). Igualmente expresiones generales como «se reconoce» (artículos 20, 21, 22, 31 y 41), «se garantiza» (artículo 18) o «se prohíben» (artículo 29) denotan una clara interpretación extensiva y sin excepciones dirigida a la «totalidad». Pues bien, en este contexto la utilización de los términos «hombre» y «mujer» por el artículo 32.1 CE sólo puede interpretarse en el sentido de que el espíritu del precepto es restringir el ámbito de aplicación del matrimonio al hombre con la mujer, es decir, la regulación en exclusiva del matrimonio heterosexual, pero bajo ningún concepto el precepto da cabida a los matrimonios homosexuales. En otras palabras, la referencia que en el artículo 32.1 CE se hace al hombre y a la mujer, y no a «todos» o a las «personas», es porque para el constituyente era obvio el carácter heterosexual del matrimonio. Cabe sostener que las necesidades jurídicas de las personas que llevan una vida en común sobre la base de una circunstancia subjetiva –su tendencia

sexual— no pasa necesariamente por abrirles la institución del matrimonio, el cual tiene la heterosexualidad como nota propia y genuina, sino por indagar la posibilidad de crear una figura propia que satisfaga esas aspiraciones, pero sin alterar el contenido esencial del matrimonio.

Por otra parte, toda vez que la Ley 13/2005, de 1 de julio, dota al matrimonio homosexual de los mismos efectos que el heterosexual, ha de referirse —se afirma en el Auto de planteamiento— «que la adopción está pensada en beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser un instrumento de legitimación u homologación de relaciones homosexuales. Lo que se toma en consideración de los adoptantes no son tanto sus derechos, como su idoneidad para ejercer la patria potestad. Por ello, sustentar el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio con los mismos efectos que los celebrados entre dos personas de distinto sexo, supone hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes desean adoptar, lo cual se aparta absolutamente de la finalidad de la institución adoptiva».

c) En opinión del órgano judicial promotor de la cuestión, el precepto legal cuestionado vulnera también el artículo 14 CE, ya que mal puede entenderse una igualdad efectiva de todos ante la ley si no se respetan los dogmas de fe acordes al orden público español inherentes a una determinada creencia religiosa (todas aquellas que sólo permiten el matrimonio entre personas de distinto sexo). De este modo quienes profesen creencias religiosas que sólo permiten el matrimonio heterosexual observan cómo el Estado no sólo no protege la libertad de culto de la religión que profesan, sino que les impone reconocer en ese culto una institución ajena al mismo. Es decir, se discrimina a todos aquellos que profesen una religión en la que se conciba única y exclusivamente al matrimonio entre personas de distinto sexo, faltando al respeto a sus dogmas de fe y permitiendo el matrimonio, con independencia de lo estipulado al efecto en cualesquiera de las confesiones religiosas reconocidas por el Estado español, a cualquier pareja con independencia de si son o no del mismo sexo.

El reconocimiento legal de los matrimonios homosexuales contraviene también el artículo 16.3 CE, toda vez que desatiende y pasa por alto la creencia de los fieles de religiones admitidas por el Estado, que sólo aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo. Reconociendo el artículo 16.1 CE la libertad religiosa y de culto y previniendo el apartado tercero del mencionado precepto constitucional que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad

española, ha de concluirse que el matrimonio entre personas del mismo sexo vulnera el artículo 16 CE, ya que prescinde absolutamente de la hasta entonces firme creencia religiosa mayoritaria de la sociedad española que concibe de forma exclusiva y excluyente el matrimonio entre personas de distinto sexo para extenderlo a personas del mismo sexo, faltando el debido respeto de los poderes públicos a dicha creencia.

Por su parte, el respeto a la igualdad por razón de la orientación sexual no implica el tratamiento idéntico a realidades totalmente distintas, sino, por el contrario, tratamientos diferenciados para realidades desiguales, por lo que no se justifica en el principio de igualdad el reconocimiento como matrimonio a las uniones homosexuales. Tampoco el principio de igualdad justifica la posibilidad de adopción de menores, ya que la adopción no es ni está concebida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho de la persona, sino como una institución de protección del menor, en cuyo favor se establece, por lo cual otorgar un presunto derecho de los homosexuales a adoptar menores «constituye un atentado a la verdadera naturaleza de la adopción, el interés del adoptado, para convertirlo simplemente en un derecho más de las personas».

d) Finalmente, en el Auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad se traen a colación en apoyo de la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado el artículo 16.1 DUDH y el artículo 323. PIDCP, que, en opinión del órgano judicial, consagran el derecho a contraer matrimonio aludiendo explícitamente al hombre y a la mujer. Igualmente se invocan, al respecto, la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 30 de julio de 2002 (caso Jolin contra Nueva Zelanda), las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y de 19 de abril de 1991, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de febrero de 1998, el Dictamen del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004 sobre el Proyecto de ley por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y la jurisprudencia constitucional del ATC 222/1994.

2. Informe del Ministerio Fiscal

El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 3 de diciembre de 2007, que a continuación se resume.

a) Considera que la cuestión de constitucionalidad presenta notorias similitudes con la registrada con el núm. 5865/2005, inadmitida a trámite por ATC 505/2005, de 13 de diciembre, por lo que no es aventurado pensar que la condición procesal cuestionada en este caso, al igual que entonces,

es la falta de legitimación de un Juez encargado del Registro Civil para plantear en un expediente registral una cuestión de constitucionalidad, tema respecto al que resulta de aplicación la doctrina recogida en aquel Auto, cuya fundamentación jurídica reproduce en su escrito de alegaciones para negar la referida legitimación.

b) Además del óbice procesal expuesto, el Fiscal General del Estado invoca a mayor abundamiento como causa de inadmisión que el Juzgado en este caso ha efectuado de forma incorrecta, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional (AATC 13/2006, 14/2006, 15/2006, 135/2006 y 164/2006), el previo traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, ya que en la providencia por la que se procedió a la apertura de dicho trámite de audiencia sólo se mencionó el precepto legal cuestionado –artículo 44.2 CC–, pero no se citaron los preceptos constitucionales infringidos, que únicamente se mencionan –artículos 14, 16.1, 16.3 y 32 CE– en el Auto por el que se acordó elevar la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional.

El Fiscal General del Estado concluye su escrito de alegaciones interesando la inadmisión de la cuestión de constitucionalidad por falta de las condiciones procesales.

3. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional.

El Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 y encargado del Registro Civil de Cieza plantea cuestión de constitucionalidad en relación con el artículo 44, párrafo segundo, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, a cuyo tenor:

«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo.»

La cuestión de constitucionalidad se promueve en un expediente matrimonial tramitado ante el Juez encargado del Registro Civil de Cieza para acreditar que quienes desean contraer matrimonio civil reúnen los requisitos de capacidad establecidos en el Código Civil. En el Auto de planteamiento se funda la facultad del Juez encargado del Registro Civil de promover la cuestión de constitucionalidad en la consideración, en síntesis, de que los Jueces encargados del Registro Civil son verdaderos órganos judiciales independientes en sus funciones, que desempeñan una labor jurisdiccional y que, por lo tanto, están legitimados para promover cuestiones de constitucionalidad cuando tengan que aplicar una ley de cuya constitucionalidad duden. En

cundo a los temas de fondo suscitados, el Juez encargado del Registro Civil de Cieza estima que el precepto legal cuestionado, al permitir la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, vulnera los artículos 14, 16 y 32.1 CE.

En relación con el cumplimiento de los requisitos procesales que establecen los artículos 163 CE y 35 LOTC para el planteamiento de las cuestiones de constitucionalidad, el primer interrogante que se suscita en este caso estriba en determinar si el Juez encargado del Registro Civil está facultado o no para elevar una cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional en el ejercicio de las funciones que le corresponden desempeñar en la indicada condición de encargado del Registro Civil y, más en concreto, por lo que a este supuesto interesa, con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial.

El interrogante suscitado, como el Fiscal General del Estado pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, ya ha sido abordado por este Tribunal en los AATC 505 y 508/2005, de 13 de diciembre, cuya doctrina se reitera en el ATC 59/2006, de 15 de febrero, en los que ha concluido que el Juez encargado del Registro Civil no está facultado con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial para plantear una cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, con base en los razonamientos recogidos en los citados Autos, que en este caso procede dar por reproducidos, el Tribunal declaró respecto a la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil en la tramitación de un expediente matrimonial que «ni en el desempeño de dicha actividad desarrolla una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo, por lo que tampoco en modo alguno dicha decisión puede merecer la consideración (ni aún en la flexible interpretación que este Tribunal ha hecho del término “fallo” utilizado por los artículos 163 CE y 35.1 LOTC) de “pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial” (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1)» (FJ 7).

Así pues, el Juez encargado del Registro Civil –se afirma en el primero de los mencionados Autos– «no esta facultad[o] ex artículos 163 CE y 35 LOTC para promover la presente cuestión de inconstitucionalidad, en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea. O, en otras palabras, ateniéndonos al propio tenor de los citados preceptos, en cuanto la cuestión de

inconstitucionalidad no resulta propuesta por un órgano judicial en un proceso en el cual el fallo que haya de dictarse dependa de la validez de la norma legal cuestionada» (FJ 8).

La falta de legitimación del órgano promotor de la presente cuestión de constitucionalidad para su planteamiento ha de determinar, sin necesidad de cualquier otra consideración, su inadmisión a trámite.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DEL AUTO DICTADO EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 7796-2007.

Me remito al contenido del Voto Particular que formulé en el Auto del Pleno de este Tribunal núm. 505/2005. Y, dado el tiempo transcurrido, creo procedente reproducir íntegramente su contenido.

«Con el mayor respeto para la opinión de los Magistrados que con su voto han dado lugar al Auto dictado en la señalada Cuestión de Inconstitucionalidad, he de manifestar mi discrepancia respecto de su fundamentación y pronunciamiento, pues, en mi parecer, la Magistrada-Juez que suscitó la Cuestión estaba claramente legitimada para hacerlo.

Y adelanto ya que el razonamiento del Auto del que discrepo llega a una calificación de la actuación judicial en el expediente registral de matrimonio basándose en la regulación contenida en la Ley y en el Reglamento del Registro Civil, que en su concreta aplicación al ya citado expediente matrimonial, resulta ser, en mi opinión, inconstitucional –o derogada, en cuanto afecta a dicho expediente, por la Constitución–: ¿puede admitirse que los Jueces cuando actúan “en garantía” –artículo 117.4 CE– de un derecho fundamental –el derecho a contraer matrimonio, artículo 32.1 CE– deban “cumplir” –obedecer– “las órdenes e instrucciones del Ministerio de Justicia y de la Dirección General del ramo, aun cuando les fueren comunicadas directamente” –artículo 9 LRC, destaco su fecha, de 8 de junio de 1957–.

1. Importa ante todo destacar la extraordinaria relevancia del tema procesal señalado: sí o no a la legitimación del Juez para plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando actúa “en garantía de cualquier derecho” –artículo 117.4 CE– y más concretamente de un derecho fundamental. Se trata, así, de fijar la posición constitucional del Juez en la Constitución y respecto de la propia Constitución.

Esta posición constitucional del Juez determina, como manifestación práctica relevante, su legi-

timación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, que, en la doctrina de este Tribunal viene a conciliar su “doble obligación” –STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1– de actuar sometido a la ley y a la Constitución: esa legitimación opera como aportación del Juez a la garantía de la primacía de la Constitución –artículo 27 LOTC–, en cuanto que lo habilita para poner en marcha un procedimiento que viene a hacerla efectiva.

Y esa “doble obligación del Juez” ¿opera sólo dentro del proceso y no cuando el Juez desarrolla su actuación “en garantía” de un derecho, ni siquiera cuando se trata de un derecho fundamental?

Subrayo que este tema procesal –legitimación para formular la cuestión de inconstitucionalidad– adquiere una especial relevancia en un sistema concentrado de jurisdicción constitucional y de justicia rogada: la mayor o menor amplitud de la legitimación para iniciar los procedimientos que permiten declarar la inconstitucionalidad de una ley, determina la mayor amplitud o angostura de los cauces que aseguran la efectividad de la primacía de la Constitución –artículo 27 LOTC–.

2. Ciertamente, la literalidad del artículo 163 CE –proceso, fallo– conduce a pensar que sólo dentro de un proceso está el Juez legitimado para plantear la cuestión de inconstitucionalidad y no, por tanto, en actuaciones que no tengan esa naturaleza jurídica. Pero el resultado del entendimiento de la literalidad de la norma no puede considerarse, sin más, definitivo. A este respecto este Tribunal ha distinguido dos campos: a) con carácter general, para la legalidad ordinaria, se subraya que “la interpretación literal, según hemos advertido en alguna ocasión, ‘es un mero punto de partida’ (STC 225/2002, de 9 de diciembre, FJ 4), ‘imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengán a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras’ (STC 76/1996, de 30 de abril, FJ 6)” (SSTC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 5; y 83/2005, de 7 de abril, FJ 3); b) sin embargo, en el ámbito de la normativa constitucional, nuestra doctrina ha puesto de relieve que “el respeto de la Constitución que el artículo 9 de la misma impone a todos los Poderes Públicos hace necesario que una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto sólo sea pensable cuando existe ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales” (SSTC 72/1984, de 14 de junio, FJ 6, y 215/2000, de 18 de septiembre, FJ 6). Y también reiteradamente ha destacado este Tribunal “la importancia de la interpretación sis-

temática, consecuencia del principio de unidad de la Constitución –STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5–, pues ésta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3)” (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5).

Habremos de acudir, pues, a esa interpretación sistemática de la Constitución, itinerario este en el que, obviamente, el “contexto” del artículo 163 CE ha de ser, en lo que ahora importa, el artículo 117.4 CE, que será el elemento determinante para la calificación de la naturaleza de la actuación judicial en el expediente de matrimonio civil y no la legislación del Registro Civil que desde la supremacía del artículo 117.4 CE, resulta ser, en mi modo de ver las cosas, claramente inconstitucional –o derogada, en cuanto afecta a dicho expediente, por la Constitución–.

3. El artículo 117.3 CE encomienda a los Jueces y Tribunales como tarea fundamental la del ejercicio de la potestad jurisdiccional “en todo tipo de procesos” y, sobre esta base, el artículo 117.4 CE añade que, aparte de ésta, no ejercerán más funciones que las que “expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”.

¿Es constitucional la encomienda a los Jueces de la llevanza del Registro Civil? Cuando se estaba gestando la Ley de 1870 se discutió ampliamente respecto de qué funcionarios habrían de encargarse del Registro Civil. Desechado el sistema municipal (encomendado a los Alcaldes y Secretarios de Ayuntamiento, que había fracasado con anterioridad), el notarial (que si bien era el más racional tenía el inconveniente de no existir Notario en todos los pueblos) y el de funcionarios especiales (que hubiera sido muy costoso), se aceptó un sistema fundamentalmente judicial. Con esta justificación originaria podría resultar necesaria una reflexión respecto de si hoy tal encargo se ajusta o no a las exigencias –positivas y negativas– del artículo 117.4 CE –“no ejercerán más funciones...”–: ¿esa función registral opera realmente «en garantía» de un derecho?

Pero ahora no interesa un planteamiento general del tema de la llevanza del Registro Civil por los Jueces dado que aquí únicamente importa examinar la atribución al Juez del concreto expediente que concluye autorizando o denegando la celebración del matrimonio. Tal expediente ha de entenderse ajustado a las exigencias del artículo 117.4 CE puesto que el Juez actúa «en garantía» de un derecho, más concretamente, de un derecho fundamental, el derecho a contraer matrimonio –artículo 32.1 CE–: su atribución al Juez ha de entenderse, por tanto, constitucional.

El Auto aprobado por la mayoría de mis compañeros parte de la base de que en este terreno, tal como deriva de la legislación del Registro Civil, el Juez opera bajo la dependencia funcional del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a cuyas órdenes e instrucciones se encuentra sometido, siendo susceptibles de recurso ante dicha Dirección General las decisiones y resoluciones que adopte en el desempeño de las funciones que han dado lugar al planteamiento de esta Cuestión de Inconstitucionalidad.

Y aquí radica la razón de mi discrepancia respecto de la posición de la mayoría: el Juez que instruye y decide el expediente, autorizando o denegando la celebración del matrimonio, ¿está desarrollando una función “en garantía” de un derecho fundamental? Si no fuera tal garantía, su intervención sería inconstitucional –artículo 117.4 CE: “... no ejercerán más funciones... que las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”–. Pero si es la garantía de un derecho fundamental –y ya he señalado que lo es–, el sometimiento del Juez a “órdenes e instrucciones” de la Administración, con «recurso en vía gubernativa» resulta ser inconstitucional: ¿qué clase de garantía aporta un Juez que debe obedecer a la Administración y cuyas decisiones pueden ser revocadas por ésta? Y es que si la intervención del Juez ha de ser, de verdad, la garantía que quiere el artículo 117.4 CE –nada en la Constitución puede ser mera retórica– será absolutamente inadmisibles la “figura” de un Juez obediente a la Administración, que es la que traza el Auto del que discrepo al acoger acriticamente una legislación del Registro Civil de modelo preconstitucional, con lo que viene a “desfigurar” la función de garantía querida por la Constitución.

4. Así pues, el artículo 117.4 CE tiene ya, en lo que ahora importa, una inicial virtualidad consistente en la exclusión de la normativa del Registro Civil que establece esa radical subordinación del Juez a la Administración en el ámbito del expediente matrimonial –en todo lo demás aquella normativa es ajena a la problemática de estos autos–, y que el Auto mayoritario ha considerado *ratio* fundamental para su decisión.

Y siguiendo en el itinerario de la interpretación del artículo 163 CE con un criterio sistemático, a la luz de las exigencias del artículo 117.4 CE, se ha de obtener ya una respuesta definitiva para la pregunta esencial que aquí se plantea: ¿qué contenido tiene la garantía prevista en el artículo 117.4 CE, es decir, es sólo una garantía de legalidad o también una garantía de constitucionalidad? En este último caso, y no en el primero, el Juez estará legitimado para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Pues bien, creo que sería absurdo que una garantía judicial, prevista en la Constitución, relativa a un derecho previsto en la Constitución, precisamente un derecho fundamental, fuera una garantía de legalidad y no una garantía de constitucionalidad. Si la *ratio* de la cuestión de inconstitucionalidad es “conciliar la doble obligación en que se encuentran (los Jueces) de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”, ¿es “pensable” que cuando el Juez garantiza un derecho fundamental, esté sometido sólo a la ley, sin poder plantear la cuestión de inconstitucionalidad?

La respuesta ha de ser negativa: la garantía judicial de un derecho fundamental, tiene necesariamente que proyectarse no sólo sobre la legalidad sino también sobre la constitucionalidad, lo que implica que, superando la pura literalidad del artículo 163 CE, su entendimiento, con un criterio sistemático, a la luz de las exigencias del “contexto” que es el artículo 117.4 CE, ha de conducir a la conclusión del reconocimiento de la legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, aunque la intervención del Juez, en garantía de un derecho fundamental, se produzca en un cauce procedimental de naturaleza no procesal.

Y, desde luego, así lo ha entendido este Tribunal. En la STC 76/1992, de 14 de mayo, se examinaba la actuación del Juez destinada a garantizar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el terreno de la ejecución forzosa de los actos de la Administración, actuación judicial esta que, claramente, no tenía naturaleza procesal. Y precisamente para esa intervención del Juez, la Sentencia en su Fundamento Jurídico 2 recordaba, ante todo, “que este Tribunal ha trascendido de la literalidad de los términos ‘Sentencia’ y ‘fallo’ utilizados en los artículos 35.2 LOTC y 163 CE, respectivamente (STC 76/1982, entre otras)”, subrayando así expresamente la superación de los resultados de una interpretación literal, para, finalmente, “concluir que no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones (en las) que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios. No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda, posibilidad esta que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad jurídica que ello podría implicar”.

Y las circunstancias del caso que ahora se examina son idénticas, en lo jurídicamente relevante, a las contempladas en la STC 76/1992: a) una ley ha atribuido al Juez “una función de garantía del derecho fundamental” a contraer matrimonio; b) con su intervención, aquél “ejerce un poder de enjuiciamiento y de decisión pues ... no se hallan ausentes en esa actuación ‘determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado’ (STC 137/1985)”, dado que tal actuación no puede “calificarse de automática”: sobre la base de las alegaciones y pruebas, resultado de los edictos o proclamas, audiencia de algún pariente, amigo o allegado, e informe, en su caso, del Médico del Registro Civil, el Juez forma un “juicio conducente” a la “aprobación o denegación de la celebración del matrimonio” –ha de denegarla si viene en conocimiento de la “existencia de obstáculo legal”–, es decir, “ejerce poderes decisorios” aunque se trate de actuaciones de naturaleza no procesal, lo que determina su legitimación para plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad.

El Auto del que discrepo, apartándose de esta doctrina, niega aquella legitimación basándose en la normativa propia del Registro Civil, que, como ya he destacado, resulta claramente incompatible con lo dispuesto en el artículo 117.4 CE.

En conclusión, creo que debió haberse admitido a trámite la Cuestión de Inconstitucionalidad.

Y en este sentido emito mi Voto particular, reiterando el respeto para la opinión mayoritaria de mis compañeros.»

Madrid, a dieciséis de enero de dos mil ocho.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ RESPECTO DEL AUTO DEL PLENO DE 16 DE ENERO DE 2008, QUE DECLARA INADMISIBLE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 7796/2007, PLANTEADA POR EL JUEZ ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE CIEZA (MURCIA) SOBRE EL ARTÍCULO 44, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL

1. El Auto de la mayoría se remite (FJ 2) a otros Autos del Pleno que han negado en supuestos idénticos que los Jueces encargados del Registro Civil puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad por su supuesta posición institucional dependiente del Ministerio de Justicia. He formulado amplios Votos particulares discrepantes en todos esos Autos, y a ellos me remito también para evitar repeticiones innecesarias.

Debe recordarse aún que, por influencia de la Revolución francesa, el Juez español está sometido estrictamente al imperio de la Ley. La ley es irrefragable y por eso cuando, en casos concretos como el presente, un Juez considera que la Ley no se adecua a la Constitución tiene la prerrogativa de plantear esa «cuestión», mediante la llamada «cuestión de inconstitucionalidad» al Tribunal Constitucional (artículo 163 CE), pidiéndonos que le liberemos de su *status subiectionis* con relación a la Ley. Si así ocurre, y declaramos la inconstitucionalidad de la Ley, la fuerza de la Constitución prevalece en nuestro sistema de fuentes, como corresponde a la Norma Suprema del Estado democrático de Derecho en que, desde el año 1978, está constituida España (artículo 1.1 CE).

2. Las cuestiones de inconstitucionalidad exigen una amplia conexión entre la experiencia cotidiana del Derecho y el Tribunal Constitucional. Eso es lo que, en definitiva, permite la depuración constante de un ordenamiento jurídico que está presidido por una Constitución normativa y rígida, fortaleciendo el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) al que dañan las dudas de constitucionalidad.

¿Se daba esa conexión en supuestos como el que contemplamos ahora? Dejo la palabra a nuestra doctrina para fijar cuál era su estado antes de que se planteasen cuestiones como la que nos ocupa ahora sobre la que, por cierto, todavía no se ha pronunciado este Tribunal pese al tiempo transcurrido desde su impugnación por la vía abstracta del recurso de inconstitucionalidad. En la STC 76/1992, de 14 de mayo, el Pleno de este Tribunal afirmó que:

«No puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios. No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya inconstitucionalidad duda, posibilidad esta

que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad que ello podría implicar» (FJ 2).

El Auto de la mayoría reconoce (FJ 2) que el expediente previo al matrimonio que nos ocupa concluye en un Auto judicial aprobando o denegando la celebración del matrimonio. ¿Tiene el juez poderes decisorios? El Auto del que discrepo repara en un recurso en vía gubernativa frente al Auto resolutorio del expediente, fijado en un precepto reglamentario. No creo que la existencia de ese recurso gubernativo sea decisiva. Y ello en la medida en que no puede afectar válidamente al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por un Juez llamado a aplicar una Ley en los casos que nos ocupan. Concluyo aquí mi razonamiento, la cuestión de inconstitucionalidad fue planteada en forma impecable y debió ser admitida a trámite. Expreso mi disenso en Madrid a dieciséis de enero de dos mil ocho.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS, EN EL AUTO DICTADO EN LA
CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
NÚM. 7796-2007.

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del artículo 90 de la LOTC expreso en este voto particular y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, mi discrepancia, defendida en la correspondiente deliberación del Pleno, respecto de la fundamentación jurídica y la parte dispositiva del Auto dictado en la Cuestión de Inconstitucionalidad de referencia.

Discrepo abiertamente del contenido de la fundamentación del Auto en cuanto a que los Jueces Encargados del Registro Civil están facultados para el planteamiento de Cuestiones de Inconstitucionalidad ante este Tribunal, que el Auto resuelve negativamente, de conformidad con la doctrina sentada en los Autos 505/2005 y 508/2005, por lo que, en sentido contrario, me remito a los votos particulares que formulé a dichas resoluciones.

FILIACIÓN

Los derechos sucesorios del hijo no matrimonial de progenitor fallecido antes de la vigencia de la Constitución se rigen por la legislación vigente en el momento de la apertura de la sucesión.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Bartolomé contrajo matrimonio el 29 de julio de 1927 con doña Edurne, del cual nacieron cuatro hijos, don Álvaro, doña Remedios, don Paulino y doña Fátima. Esta última falleció intestada el 16 de mayo de 1987, siendo declarado universal heredero su hijo matrimonial, don Guillermo.
- ⊙ Don Bartolomé y doña Edurne se separaron matrimonialmente mediante sentencia canónica el 31 de enero de 1942.
- ⊙ Don Bartolomé comenzó, al parecer desde entonces, la convivencia *more uxorio* con doña Maite, de la que tuvo siete hijos: doña Gema, doña Rosa, don Gaspar, doña Ariadna, don Augusto, don Jesús María y doña Julia.
- ⊙ Don Bartolomé, ya viudo por fallecimiento de su esposa, contrae matrimonio con doña Maite el 5 de agosto de 1976, falleciendo el siguiente 20 del citado mes.
- ⊙ Doña Gema falleció el 30 de septiembre de 1982.
- ⊙ Don Bartolomé adquirió por escritura pública de compraventa las fincas registrales NÚM001 y NÚM000, del Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, el 10 de mayo de 1950 y 22 de octubre de 1958, inscribiéndolas a su nombre en el Registro de la Propiedad.
- ⊙ Don Bartolomé falleció intestado, por lo que fueron declarados judicialmente únicos y herederos universales sus cuatro hijos matrimoniales, don Álvaro, doña Remedios don Paulino y doña Fátima, todo ello mediante Autos de 14 de marzo de 1979, expediente de jurisdicción voluntaria 86/1979, seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria.
- ⊙ Los siete hijos habidos de la convivencia de don Bartolomé y doña Maite fueron declarados únicos y universales herederos de don Bartolomé por notoriedad, adjudicándose en escritura pública de 13 de julio de 1994, los bienes de la herencia y partiéndolos por séptimas partes indivisas. Por otra escritura de la misma fecha, autorizada por el mismo Notario que los había declarado herederos universales y ante el que se efectuó la partición hereditaria, procedieron a segregar una porción de la registral NÚM000 haciendo nueva finca, que vendieron a la Diócesis de Canarias, la cual volvió a su vez a enajenarla por compraventa a Radio Popular, Cadena de Ondas Populares Española. Todas las operaciones provocaron los correspondientes asientos registrales.

⦿ Don Luis Manuel, don Paulino, doña Rocío y don Guillermo interpusieron demanda de menor cuantía contra doña Gema, doña Rosa, don Gaspar, doña Ariadna, don Augusto, don Jesús María y doña Julia, solicitando que se dictase sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos: «Primero: Declarar que los bienes descritos en el hecho Cuarto del escrito del demanda, pertenecen en pleno dominio a la herencia indivisa del causante don Bartolomé. Segundo: Declarar que los únicos y universales herederos de don Bartolomé, son sus cuatro hijos matrimoniales, don Álvaro, doña Remedios, don Paulino y doña Fátima; y que los demandados, Sres. Augusto, Gema, Rosa, Gaspar, Ariadna, Julia, Jesús María, no ostentan derecho alguno sobre la herencia del nombrado causante, declarando nula cualquier resolución o acto jurídico que les declare como tales. Tercero: Declarar nula, sin valor ni efecto alguno, la adjudicación de bienes practicada por los demandados en fecha trece de julio de 1994, ante el Notario de esta Ciudad, don Alfonso Zapata Zapata, a que se refiere el hecho Quinto de esta demanda; así como la inscripción 2.^a de la finca registral número 6.303, descrita en el hecho Cuarto, bajo el ordinal 2.º, practicada en el Registro de la Propiedad núm. 1 del Partido a nombre de los demandados, expidiendo mandamiento a dicho Registro para que proceda a la cancelación de la referida inscripción. Cuarto: Declarar que los demandados están solidariamente obligados a abonar a los actores el precio actual del predio urbano que se describe en el hecho Sexto del escrito de demanda, cuyo importe se determinará pericialmente, en trámite de ejecución de sentencia. Quinto: Se condenase a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, a dejar a la libre disposición de los actores los predios que se describen en el hecho Cuarto de este escrito, y a abonar a los actores los frutos civiles percibidos y debidos percibir de ellos, así como el precio actual del indicado predio segregado y vendido, según tasación pericial, y las costas de este procedimiento, por imperativo legal».

⦿ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «1. Que mis representados son hijos legítimos de don Bartolomé. 2. Que el 50% de los bienes reclamados era propiedad de su fallecida esposa doña Maite, y hoy de mis mandantes en exclusividad. 3. Que del otro 50% son herederos los restantes once hijos sin distinción ni exclusiones de ningún tipo. 4. Que se desestimase la acción reivindicatoria por no ser el procedimiento adecuado sino que es el de testamentaria. 5. Se negase la anotación preventiva sobre bienes que le son ajenos y para el caso de acceder se les exija fianza, que ha de ser sin duda de diez millones de pesetas, tal y como manifiesta que es la cuantía del procedimiento».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Las Palmas dictó Sentencia el 16 de julio de 1999 desestimando la demanda. La desestimación se basó en que no podía aplicar una legislación derogada por la CE con carácter retroactivo. Por otra parte, apreció una sociedad entre los miembros de la pareja de hecho.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Las Palmas dictó Sentencia el 11 de mayo de 2000 desestimando el recurso interpuesto por los actores. La sanción sobre los hijos no matrimoniales consideró la Audiencia que era injusta y desproporcionada incluso en el tiempo de vigencia de la normativa aplicable del Código Civil. También estimó que contrariaba esta aplicación la realidad social del momento. Concluyó por tanto que el artículo 139 del antiguo del Código Civil era un precepto no aplicable. Por último, consideró (como un mero *ober dictum*) los reconocimientos de sus hijos ilegítimos en las actas del Registro Civil al inscribir sus nacimientos, que no habían sido impugnados en base al antiguo artículo 138 CC.

⦿ Don Bartolomé, don Paulino, doña Rocío y don Guillermo interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo dando lugar a la estimación de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusan los recurrentes la infracción de los artículos 1.º y 2.3 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la CE y Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y jurisprudencia interpretativa. La extensa fundamentación del motivo descansa en la consideración por los recurrentes como hijos ilegítimos no matrimoniales de los demandados, habidos por el causante de doña Maite, con la cual convivía después de su separación matrimonial. A su muerte, ocurrida en 1976, regía el Código Civil en su redacción anterior a la Constitución, y ésta no tuvo efectos retroactivos respecto a las sucesiones abiertas con anterioridad, lo mismo que la citada Ley 11/1981.

Don Bartolomé falleció el 20 de agosto de 1976, dejando cuatro hijos de su matrimonio canónico con doña Eburne, y siete hijos de su convivencia con doña Maite, iniciada con posterioridad al parecer después de la sentencia canónica de separación personal en 1942. Atendiendo a las normas en vigor en la fecha de su fallecimiento, que es la de la apertura de su sucesión (artículos 657 y 661 CC), los hijos habidos con doña Gema tenían la consideración de ilegítimos no naturales, puesto que don Álvaro estaba en situación de separado legalmente de su esposa, el vínculo matrimonial seguía subsistiendo, luego no podía contraer matrimonio con doña Maite al tiempo de la concepción de los hijos (artículo 119 CC antes de su reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo). Como hijos ilegítimos no naturales, carecían de derechos sucesorios en la herencia del progenitor, teniendo sólo derecho a exigir alimentos del mismo (artículos 139 y 939 CC antes de su reforma por la citada Ley).

La diferenciación de filiaciones desapareció desde la vigencia de la Constitución de 1978, al proclamar en su artículo 14 que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal. Por otra parte, su Disposición Derogatoria Tercera preceptúa la derogación de cuantas disposiciones se opusiesen a lo establecido en la Constitución.

A la vista de tales normas, es indudable que el Código Civil sufrió una modificación en cuanto a los efectos de la filiación. Ya no se podía seguir manteniendo tras la vigencia de la Constitución un régimen sucesorio basado en la distinción de la filiación legítima o ilegítima, sino que todos los hijos son iguales ante la ley, independientemente del origen de su filiación.

Tal modificación tenía efectos retroactivos, pero para las sucesiones abiertas con posterioridad a la vigencia de la Constitución.

La doctrina de esta Sala sobre el efecto derogatorio de la Constitución con carácter retroactivo y sobre la Disposición Transitoria Octava es la siguiente: Si la apertura de la sucesión se ha producido después de la vigencia de la Constitución y antes de la de la Ley 11/1981, no puede establecerse ninguna discriminación en los derechos sucesorios de los hijos, por imperativo del artículo 14, teniendo el mismo efecto retroactivo derogatorio de las disposiciones del Código Civil que establecía aquella discriminación (Sentencias de 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987 y 17 de marzo de 1995). La Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, para las sucesiones abiertas con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, se remitía a la «legislación anterior», expresión que comprende el Código Civil modificado por los preceptos constitucionales prohibitivos de toda diferenciación entre filiaciones [STC 155/1987 (Pleno), de 14 de octubre, al tratar de la cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo].

En cambio, para las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, esta Sala ha declarado aplicable la legislación existente en el momento de la apertura de la sucesión (Sentencias de 13 de febrero de 1990, 28 de julio de 1995 y 6 de noviembre de 1998).

Por todo ello, y dado que el causante de actores y demandados falleció en 1976, momento en que se abre su sucesión, ha de aplicarse la doctrina que se ha expuesto con anterioridad. No es posible entender que al fenómeno sucesorio, que comienza con la muerte de la persona, se le apliquen distintas leyes según se vaya realizando (declaración de herederos en su caso, aceptación o repudiación de la herencia, partición y adjudicación, etc.) pues aquel fenómeno ha de guiarse por una ley única. Se ha dicho autorizadamente que la fecha del fallecimiento será la que determina qué personas y en qué cuantía tienen derechos a su herencia como herederos o legatarios. Por último, ha de volverse a reiterar la doctrina jurisprudencial según la cual no cabe dejar de aplicar una norma jurídica bajo el pretexto de que no se adecua a la realidad social, ha declarado esta Sala reiteradamente (Sentencias de 28 de febrero de 1989, 10 de diciembre de 1984 y 7 de enero de 1991, y las que en ellas se citan). Por todo ello el motivo se estima.

En otro motivo, por infracción de los artículos 1396.4.º y 1401.1.º CC (en su redacción anterior a la Ley 11/1981), en relación con los artículos 1214, 1218 y 1248 del mismo Cuerpo Legal, se combate que las fincas registrales NÚM001 y NÚM000, inscritas a nombre del causante habían de considerarse por mitad del mismo y de doña Maite, mujer con la que convivía y, según la sentencia, como unión de hecho las normas a aplicar serían las de la sociedad (*sic*). Frente a ello, alegan los recurrentes que las citadas fincas fueron adquiridas por su padre en escrituras públicas de compraventa otorgadas en 1950 y 1958, una vez separado de su mujer, por lo que las califican como bienes privativos, y no se ha probado por los demandados la existencia de ninguna sociedad del causante con la madre de ellos doña Maite, sólo a través de testigos llamados por ellos, que se manifiestan en forma vaga sobre el particular, y de ahí que la sentencia de primera instancia califique como dudosas sus manifestaciones. Por el contrario, en la escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia y segregación, manifestaron que eran los legítimos herederos de don Bartolomé, que en su herencia, que aceptaban, estaba la finca NÚM000, que se adjudicaban por iguales partes indivisas, y en este concepto de propietarios de la misma por estar incluida en su herencia, segregaban una parte de ellas, haciéndola finca independiente, que vendían a un tercero. Para decidir sobre este motivo ha de tenerse en cuenta que la sentencia que se recurre en casación es la dictada por la Audiencia, cuyos fundamentos de derecho se dedican sola y exclusivamente a tratar sobre si los demandados no pueden tener otros derechos que los que les asignaba el artículo 139 CC antes de 1981. Para nada se refiere a esa hipotética sociedad civil. Por todo ello, debatir en casación sobre la misma es extravagante. Otra cosa hubiese sido si los demandados hubiesen recurrido la sentencia de la Audiencia, pero no lo han hecho, se conformaron sobre su silencio sobre el tema. Por otra parte, los recurrentes no lo suscitaron en su demanda, ni formularon pretensiones sobre el mismo. En consecuencia el motivo se desestima.

El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de los artículos 1058 y 1059 CC. En su fundamentación impugnan los recurrentes la validez de la escritura de partición de la herencia de don Bartolomé hecha por los recurrentes, y la segregación de la finca NÚM000, titulándose propietarios por herencia del mismo, cuya finca segregada vendieron a terceros de buena fe. El motivo se estima en cuanto a la nulidad de la escritura de 13 de julio de 1994, que no tendrá efectos respecto de los compradores cuya buena fe no se ha puesto en duda.

La estimación del motivo segundo y cuarto obliga a casar y anular la sentencia recurrida, y a estimar la demanda, con revocación de la de primera instancia.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, al amparo de lo previsto en el artículo 160 de la ley Orgánica del Poder Judicial y 367 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haciendo constar expresamente su absoluto respeto al criterio mayoritario de la Sala.

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia mayoritariamente aceptada, el fundamento de derecho preliminar y los fundamentos primero y tercero; no así los restantes ni el fallo.

No tanto la disconformidad que encierra este voto particular se refiere a los razonamientos jurídicos, que son impecables, sino al principio de que parten.

En definitiva, con fundamentación en los mismos se declara el derecho hereditario de los hijos legítimos, recurrentes en casación y demandantes en la instancia, según terminología de la época, sobre la herencia del causante y se excluye a los llamados ilegítimos; es elocuente la dureza del apartado segundo del suplico de la demanda que, por remisión, ha pasado íntegramente a formar parte del fallo estimatorio de la sentencia de la que se discrepa y que dice así, literalmente: « declarar que los únicos y universales herederos de don Bartolomé, son sus cuatro hijos matrimoniales, don Álvaro, doña Remedios, don Paulino y doña Fátima; y que los demandados señores Augusto, Gema, Rosa, Gaspar, Ariadna, Julia, Jesús María no ostentan derecho alguno sobre la herencia del nombrado causante, declarando nula cualquier resolución o acto jurídico que les declare como tales».

Es decir, el causante mantuvo un matrimonio (canónico, desde luego) de 1927 a 1942, en que se dictó sentencia (canónica, evidentemente) de separación. Tuvo una convivencia *more uxorio* desde entonces hasta su muerte en 1976, teniendo en cuenta que no existía más causa de disolución del matrimonio (tanto el canónico como el civil) que la muerte y cuando se produjo la de aquel primer cónyuge, dicho causante contrajo matrimonio (canónico, en 1976) con la conviviente. Fruto del matrimonio fueron los cuatro hijos demandantes y ahora recurrentes en casación; de la convivencia, los siete hijos demandados y parte recurrida en casación.

El planteamiento es, pues, si la totalidad de la herencia del causante debe ser para los primeros, con exclusión de los segundos, postura mantenida

por la demanda y que se acoge en la sentencia; o bien el tratamiento debe ser igual para todos ellos, postura mantenida por la Constitución Española, principio de igualdad que proclama el artículo 14.

Ésta es la posición que se defiende en el presente voto particular, en el sentido de que no puede un juez constitucional aplicar una normativa frontalmente contraria a la Constitución.

Aplicándolo al caso presente. Un órgano jurisdiccional, como es el Tribunal Supremo, no puede aplicar una normativa vigente al tiempo de los hechos que choque hoy directamente con la Constitución. Ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico y no cabe, no ya ignorarse, sino violarse totalmente, por mor de unas normas civiles que pasaron a la historia y que, en este momento, un Estado de Derecho que parte del respeto de los derechos humanos, las considera injustas (que lo son) y obsoletas (que evidentemente han pasado a serlo). Por tanto, un órgano jurisdiccional debe aplicar normativa no opuesta a la Constitución.

La posición que aquí se mantiene es, pues, que a la sucesión del causante, cuya muerte se produjo en 1976, apertura de la sucesión anterior a la Constitución, no se aplican normas totalmente contrarias a la misma, pues un órgano jurisdiccional no puede, hoy, aplicar normativa de ayer que sea constitucionalmente inaceptable.

Y no puede afirmarse que la jurisprudencia haya reiterado un criterio contrario.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986 y 28 de julio de 1995 han mantenido la aplicación del principio constitucional de igualdad sin discriminación por razón de la filiación, a la herencia abierta tras la vigencia de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981 que reforma el Código Civil e introduce aquel principio en el mismo. Criterio aceptado sin discusión y avalado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 271/1987, de 12 noviembre.

La Sentencia de 10 de noviembre de 1987 se refiere a un caso en que la apertura de la sucesión por muerte del causante se produjo en 1972 y no aplica las normas constitucionales porque la herencia se liquidó y «en modo alguno destruye los efectos ya consumados o agotados cuando estaba en vigor, pues ello, por una parte, sería proclamar una retroactividad absoluta de la Constitución que su texto no contiene, quebrantando el principio de seguridad jurídica que también es un valor constitucional, y, por otra, produciría una verdadera revolución jurídica respecto a situaciones ya superadas, creando el problema de los límites de tal retroactividad destructora de situaciones consolidadas. El recurrente parece confundir la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma que impide

su aplicación posterior, con una retroactividad de grado fuerte que aplicaría la Constitución no sólo a relaciones creadas bajo el imperio de la Ley anterior, sino hasta los efectos ya consumados que emanaron de dicha relación, retroactividad esta última que no puede aceptarse»

En el mismo sentido, la Sentencia de 13 de febrero de 1990 no aplicó la normativa constitucional al caso de la sucesión abierta en 1969 y liquidada antes de entrar en vigor la Constitución.

La Sentencia de 28 de junio de 2002 en caso de una sustitución fideicomisaria (impuesta en una donación) constituida en 1965 a favor de descendientes «legítimos» aplicó el principio de igualdad al producirse la purificación del fideicomiso en 1990; dice así: En tal momento, la legislación vigente es el Código Civil reformado por imperativo de la Constitución de 1978. Así, el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación por razón de nacimiento, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos...

La más elocuente es la de 17 de marzo de 1995 que dice: «Reconocida la verdadera filiación biológica de la actora y, por tanto, la paternidad reclamada, corresponde resolver sobre las demás pretensiones relativas a la herencia del padre. Al efecto ha de señalarse que de seguirse una interpretación simple y literal de la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (“Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación”) habrían de rechazarse las peticiones sobre la sucesión del progenitor causante». Pero la jurisprudencia ha matizado las diferentes situaciones posibles, según que entre la fecha de promulgación de la ley y la fecha del fallecimiento del causante, siguiera o no como ley suprema interpuesta la vigente Constitución. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990, referida a una sucesión abierta antes de la entrada en vigor de la Constitución Española, tras analizar la retroactividad o irretroactividad de las Disposiciones Transitorias Primera y Octava de la Ley de 1981 en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, concluye afirmando «que la Transitoria Octava consagra una retroactividad de grado mínimo, en el sentido de que la nueva ley se aplica a las sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, pero no las que, como la discutida, se abrieron con anterioridad, no sólo a la Ley de 1981, sino a la propia Constitución Española, pues falleció el causante en 1969. El precedente criterio

ya se sostuvo con toda suerte de consideraciones acerca de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida que afectare a situaciones jurídicas de efectos ya consumados sobre herencias en cuanto a hijos “ilegítimos” (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987). En cambio, la doctrina jurisprudencial al ocuparse de casos semejantes al presente de manera clara establece la prioridad de la Constitución Española, artículo 14 sobre la legalidad subsistente y, con ello, la inaplicabilidad de la Disposición Transitoria en cuanto a la legalidad anterior que sólo puede tomarse en consideración en tanto sus preceptos discriminatorios se tengan por derogados».

De lo anterior se desprende que la esencia del presente voto particular que es entender que al caso presente no se le puede aplicar hoy una legislación anticonstitucional; no se le aplica el Código Civil reformado de 1981, sino simplemente el principio de igualdad sin discriminación por razón de la filiación proclamada por la Constitución.

En consecuencia, no se pueden estimar los motivos del recurso de casación tercero y cuarto, que ha formulado la parte demandante en la instancia interpuesto por los hijos matrimoniales del causante, en defensa de su pretensión de adquirir

la totalidad de la herencia del mismo, excluyendo a los hijos extramatrimoniales.

Tanto más cuando la realidad social imperante en la época que le tocó vivir al causante, resulta especialmente injusta para siete de sus hijos. El matrimonio, indisoluble, quedó materialmente, que no jurídicamente, disuelto en 1942. En aquella época no había divorcio ni, por tanto, posibilidad de contraer matrimonio. La única solución para una relación estable era la convivencia *more uxorio*. Ésta se mantuvo largos años y los hijos que venían al mundo no podían ser ni siquiera reconocidos, al no ser hijos llamados naturales (uno se pregunta si los demás eran artificiales) sino que se les nombraba «los demás hijos ilegítimos» y se les privaba de todo derecho salvo el de alimentos. Al morir el causante pocos años antes de la entrada en vigor de la Constitución y plantearse ahora la situación de la herencia, cuyos efectos no se agotaron antes, entiendo, con el máximo respeto al criterio de la mayoría, que no se les puede obviar en la sucesión hereditaria pues sería una resolución frontalmente contraria a la Constitución.

Por ello el FALLO debería ser desestimatorio del recurso de casación, confirmando los de las sentencias de instancia que habían desestimado la demanda formulada por los hijos «legítimos».

PATRIA POTESTAD

Responsabilidad del Ayuntamiento y de la entidad aseguradora por las lesiones sufridas por un menor al caerle encima de la cara la portería, no anclada en el pavimento, en cuyo larguero se había colgado con los brazos con ocasión de hallarse jugando al fútbol.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

● El joven de 12 años Benedicto sobre las diecisiete horas del día 21 de junio de 1996, cuando se hallaba jugando dentro del horario normal con otros compañeros un partido de fútbol-7 en las instalaciones deportivas denominadas El Salvador, propiedad del Ayuntamiento de Amurrio, como consecuencia de colgarse del larguero de una de las porterías, que no estaban ancladas al suelo, ni lo habían estado nunca, ésta se cayó sobre el menor de edad produciéndose el resultado lesivo. El mantenimiento de las instalaciones estaba encomendado a la empresa KIROLAK de la que es representante el don Miguel Ángel, en cuyo contrato se expresa como objeto el mantenimiento y vigilancia de las instalaciones deportivas entre las que se especifica las de El Salvador, comprendiendo la vigilancia y el control de la debida utilización. Las instalaciones deportivas ocupan una superficie de diez mil metros cuadrados y había un solo vigilante.

- ⊙ Don Casimiro y doña Amparo interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra don Miguel Ángel, el Ayuntamiento de Amurrio y Lepanto, SA Compañía de Seguros, solicitando que se dicte sentencia condenando a los demandados a abonar de forma solidaria a Benedicto –hijo de los actores– la suma de 9.635.000 pesetas, con los intereses legales de dicha cantidad desde que se practique el emplazamiento y con los intereses legales incrementados en dos puntos de dicha suma desde que se dicte sentencia respecto a los demandados, Ayuntamiento de Amurrio y don Miguel Ángel y con los intereses del 20% de la indicada cantidad, desde la fecha del accidente, 21 de junio de 1996, hasta el completo pago de la indemnización solicitada, con respecto a la otra demandada «Lepanto, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA» condenando igualmente a los demandados, también de forma solidaria, a que abonen a Benedicto, cuantos gastos se acrediten en ejecución de sentencia correspondientes al tratamiento de ortodoncia, hasta su finalización y los correspondientes, asimismo, a los derivados de las intervenciones quirúrgicas que se le practiquen para corregir la desviación del tabique nasal, todo ello con imposición de costas a los demandados».
- ⊙ Don Miguel Ángel contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime la demanda respecto a su representado absolviendo al mismo con imposición de costas a la parte actora.
- ⊙ El Ayuntamiento de Amurrio se personó en autos contestando asimismo a la demanda interpuesta de contrario y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que: A) Se declare, sin entrar en el fondo del asunto, la incompetencia de la Jurisdicción Civil para conocer del presente procedimiento, por ser competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. B) Para el supuesto de desestimarse la precedente petición, se absuelva a mi representado el Ayuntamiento de Amurrio, de la demanda formulada por la representación de Benedicto, con toda la serie de planteamientos favorables para el mismo. C) Y con carácter subsidiario de la precedente petición, se aprecie la concurrencia de culpas entre los agentes y el lesionado, minorando la indemnización en proporción a la intervención en el resultado lesivo de cada una de las partes. Con expresa imposición de las costas a la parte actora en todos los supuestos.
- ⊙ La Compañía de Seguros Lepanto, SA contestó a la demanda y oponiéndose a ella en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación para terminar suplicando se dicte sentencia por la que se desestime la demanda en cuanto se refiere a su mandante, absolviéndole de cuantos pedimentos, en relación con ella, se contienen en aquélla e imponiéndole a la actora las costas correspondientes a su mandante.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Amurrio dictó Sentencia el 21 de septiembre de 1999 estimando parcialmente la demanda declarando que los demandados resultan obligados solidariamente a pagar a Benedicto la suma de 9.073.288 pesetas condenando a dichos demandados al abono solidario de la meritada cantidad, así como al pago de los intereses del artículo 921 de la LEC. Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Álava dictó Sentencia el 17 de enero de 2000 estimando parcialmente el recurso interpuesto por los actores en el sentido de ampliar la condena a la aseguradora al pago de los intereses del 20% a contar de los tres meses del suceso hasta el total pago.
- ⊙ La entidad aseguradora Lepanto, SA interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que suprimió la condena al pago del interés del 20%.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se denuncia infracción de los artículos 1281.1.º y 1283, en relación con los artículos 1254, 1255, 1258, 1261 y 1262, todos ellos del Código Civil, y 1 y 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

El motivo debe desestimarse por las siguientes razones: Desde el punto de vista de la forma incurre en los defectos de acumular preceptos heterogéneos, que está vedado en casación, y mezclar cuestiones de hermenéutica contractual con otras relativas a los requisitos y obligatoriedad de los contratos que no son relacionables, y, por consiguiente, no permiten un examen conjunto y una respuesta unitaria. Desde el punto de vista de fondo existe una desarmonía entre el planteamiento que se efectúa en el motivo y la normativa que se cita en su apoyo. Efectivamente, se niega que la Póliza de Lepanto (doc. 1, H de la demanda) cubra el siniestro a que se refiere el pleito, pero no porque no exista la póliza de responsabilidad civil, que sí existe y además se extiende a las instalaciones deportivas, dato que resulta incontrovertible al declararse probado en la sentencia recurrida (fundamento primero, último párrafo), sino porque, según afirma la recurrente, la responsabilidad del hecho no incumbe a su asegurado el Ayuntamiento de Amurrio dado que se había cedido a KIROOLAK la explotación, mantenimiento y vigilancia de las instalaciones. La entidad recurrente no tiene en cuenta que la sentencia recurrida no niega la existencia del contrato de mantenimiento, y que condena al Ayuntamiento por razones (fundamento 1.º, párrafo octavo) que no son combatibles con la hipotética infracción de los preceptos expresados en el enunciado del motivo.

En el motivo segundo se alega infracción por aplicación indebida del artículo 1902 CC en relación —en su caso— con los artículos 73 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Aunque en el cuerpo del motivo se efectúan alegaciones que no encajan propiamente en su enunciado, como la relativa a la ausencia de atribución expresa de responsabilidad al Ayuntamiento, o que carecen en absoluto de reconocimiento fáctico en la resolución recurrida, como la referente a que los menores accedieron a las instalaciones, tomaron las porterías y las colocaron en el campo de fútbol en la forma que estimaron oportuna, la cual por su importancia no cabe en casación tenerlo por fijada con el ardid dialéctico de que «aunque no se hace expresa alusión, entre otras razones porque es un tema admitido y no discutido», o se argumenta con una cierta imprecisión, pues se habla como equivalentes de conceptos que no lo son, tales como causa eficiente

y absorbente, causa próxima, causa adecuada y causa principal, el *leitmotiv*, como tema del motivo, o por extensión la idea que está presente en su desarrollo, es la afirmación de que existió culpa exclusiva de la víctima y/o sus padres o responsables, por lo que se trata de combatir la apreciación de las sentencias de instancia consistente en no apreciar el más mínimo reproche culpabilístico en el menor o en sus padres. El motivo debe ser desestimado. Situado el tema de la «culpa exclusiva» en la perspectiva de los padres no es de ver cuál es la imputación, no ya subjetiva, sino ni siquiera en la perspectiva causal, que cabe hacer a los progenitores del menor lesionado, habida cuenta las circunstancias personales y de tiempo y lugar que concurrían con ocasión del suceso, pues se trata de un chico que tenía 12 años y que en horario normal fue a jugar al fútbol con unos compañeros de su edad a una instalación pública. Pensar que los padres tendrían que estar presentes en el lugar cuando el hijo menor se agarró al larguero de la portería para tratar de evitarlo es cuando menos absurdo. Situado el tema en la «culpa exclusiva» —entendido como causa— del menor lesionado, la argumentación del motivo resulta inconsistente porque la causa relevante y decisiva del acontecimiento dañoso fue que la portería no estaba anclada; no que fuera móvil, sino que no estuviera debidamente sujeta al suelo, cualquiera que fuere el sistema, que podía ser prefectamente mediante sacos de arena. Frente a ello no cabe alegar que la instalación de la portería se efectuó por los menores, cogiéndolas de donde se hallaban depositadas y trasladándolas al campo de fútbol, lo que no consta como hecho probado, y, por otra, revelaría no ya una vigilancia y control insuficientes, sino una grave y absoluta falta de vigilancia. Por lo demás, el razonamiento de la Audiencia consistente en que «la circunstancia de que se colgara (el menor) del travesaño de la portería en nada modifica la responsabilidad única de los demandados, pues no siendo un comportamiento normal, lo cierto es que tampoco resulta extraño durante el desarrollo de un partido que el portero se apoye en un travesaño o se cuelgue del larguero» no es, en absoluto, un argumento sorprendente, como se le tilda en el motivo, sino la constatación de una máxima de experiencia común; y si bien la conducta de que se trata no es plausible, ni justificable, no cabe descargar en ella el desenlace causal, el cual recae en la defectuosa instalación de la portería, con independencia de la mala fortuna de, que al caer con el menor al suelo, aquélla golpease en la cara de éste.

En el motivo tercero se denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 1903, párrafos

primero y cuarto, del Código Civil, en relación con los artículos 73 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. El motivo se dirige a atacar la apreciación judicial de culpa en el encargado de la vigilancia del centro en el momento del suceso, en la idea de que faltando tal culpa *in operando*—culpa del dependiente o de aquél por el que en principio se ha de responder—no cabe sentar la culpa *in vigilando* que permitiría configurar la responsabilidad por hecho ajeno *ex* artículo 1903, párrafos primero y cuarto, y SSTs 30 enero 1985 y 15 julio 1993. El motivo se desestima porque la falta de sujeción de las porterías al suelo o pavimento, que constituye el dato decisivo en la producción del accidente, es imputable al encargado de las instalaciones al omitir una conducta que, de haberla observado, habría evitado el resultado dañoso. El evento era previsible, por lo que se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado, y se incurrió en negligencia en relación con el sector de actividad a que se extendía la función de control y vigilancia que KIROLAK tenía asignada, ya que el cumplimiento del deber de cuidado exigible requería eliminar el riesgo, lo que era factible mediante la sujeción adecuada de las porterías al suelo, cualquiera que fuere el sistema a adoptar oportunamente al efecto. Además, en el caso de vigilancia de instalaciones de cuyo disfrute pueden participar menores, hay que prever eventos, y por lo tanto tratar de evitarlos extremando la diligencia, que no suelen acontecer cuando la utilización se efectúa por personas mayores de edad, con mayor experiencia y sentido de la responsabilidad.

En el motivo cuarto se acusa infracción por aplicación indebida del artículo 1903, párrafos 1.º y 4.º del Código Civil, en relación con la doctrina contenida—entre otras— en las Sentencias de 8 de mayo de 1999, 4 de abril de 1997, 20 de diciembre de 1996 y 2 de julio de 1993, y en relación con los artículos 73 y 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro. El motivo tiene como finalidad rechazar la existencia de responsabilidad del Ayuntamiento de Amurrio apreciada en la sentencia recurrida, con el efecto de excluir la directa de la recurrente como aseguradora de dicha entidad. En el cuerpo del motivo se argumenta, en síntesis: que no hay relación de dependencia o jerarquía entre el Ayuntamiento y KIROLAK, y que el Sr. Miguel Ángel (condenado como encargado de la vigilancia y control de las instalaciones) no dependía para nada del Ayuntamiento ni recibía instrucciones del mismo. Se añade que la concesionaria KIROLAK desempeñaba las funciones de «explotación, mantenimiento y vigilancia de las instalaciones en cuestión» con total autonomía de organización y medios, sin estar sometida a directrices, instruccio-

nes y dirección alguna por parte del Ayuntamiento, todo ello de conformidad con el contrato suscrito. Y, finalmente, después de aludir a que el daño no ocurrió con motivo de la propiedad de un bien, sino con motivo de la gestión de la actividad, resalta que del contrato de 30 de diciembre de 1995 se deduce que el Ayuntamiento cedió a KIROLAK, a cambio de un precio, la gestión de las instalaciones poniendo a disposición de la misma el referido centro deportivo, cuya gestión llevó a cabo KIROLAK a través de sus empleados y representantes de forma exclusiva con sus propios medios confiando por tanto el Ayuntamiento en una adecuada gestión y quedando al margen de ella. El motivo debe desestimarse por varias razones. La primera hace referencia a que el Ayuntamiento es condenado por la falta de la adecuada vigilancia sobre el efectivo cumplimiento de las instrucciones recibidas y obligaciones asumidas por la concesionaria. Por consiguiente, la sentencia recurrida no pudo infringir el artículo 1903 CC ya que afirma la existencia de una culpa *in vigilando*. La postura de la parte recurrente negando la premisa de existir el deber de vigilancia es un tema que, en cuanto a su realidad, resulta ajeno al artículo 1903 CC. Puede formar parte de la hermenéutica contractual, o de la valoración probatoria, pero no es susceptible de ser cuestionado con el fundamento seleccionado por la parte recurrente. La segunda razón es que nos hallamos ante unas instalaciones públicas respecto de las que la Administración conserva los poderes de policía para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trata, como se alegó por la parte recurrida en el escrito de impugnación, y, además, habida cuenta el carácter de instalaciones públicas al servicio de los ciudadanos, los responsables del Ayuntamiento de la Sección o Negociado relativo al correspondiente esparcimiento no quedan excusados de la vigilancia y control, especialmente en relación a concretos aspectos como las de seguridad e higiene, por el hecho de contratar a una empresa privada para que desarrolle la función de mantenimiento y vigilancia inmediata. Además una cosa sería la falta de vigilancia sobre un acto singular y otra distinta es la falta de vigilancia sobre una deficiencia persistente (defectuosa instalación). Finalmente, y a mayor abundamiento, las porterías no habían sido nunca ancladas, según se ha declarado probado, y con tal circunstancia las instalaciones fueron entregadas por el Ayuntamiento a la concesionaria; y debe observarse al respecto que la diferencia de tiempo entre el contrato (30 de diciembre de 1995) y el suceso (21 de junio de 1996) fue de menos de seis meses, sin que conste observación o advertencia alguna del Ayuntamiento a KIROLAK sobre las medidas de seguridad a adoptar en las instalaciones deportivas, y, en concreto, el debido anclaje de las porterías.

En el motivo quinto, con carácter subsidiario para el caso de desestimación de los anteriores, se acusa infracción por interpretación errónea de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, en relación con las Sentencias de 8 de julio de 1999, 13 de abril de 1998, 5 de noviembre de 1997, 10 de octubre de 1996 y 27 de septiembre de 1993, y en relación con los artículos 73 y 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro. El motivo pretende una minoración del *quantum* indemnizatorio por existir una conducta concurrente del menor, y en su caso también de los padres, al resultado final lesivo, para lo cual se habrá de tener en cuenta el porcentaje atribuido a cada partícipe en el resultado final que la recurrente fija en un cincuenta por ciento. El motivo se desestima porque el tema suscitado constituye, por lo general, función de los tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer, en el aspecto fáctico, salvo que se cambien las premisas sentadas por el cauce adecuado del error en la valoración probatoria, y en el aspecto jurídico, salvo que resulte incoherencia entre las premisas y la conclusión deducida, o se incida en arbitrariedad o irrazonabilidad. En el caso, no se da lo primero porque la base fáctica en que se apoya la resolución recurrida ha resultado indemne en casación. Y tampoco hay razón para cambiar su criterio jurídico. En cuanto hace referencia a los padres del menor lesionado ya se dijo que no hay el mínimo reproche que hacerles, ni en el juicio de la culpabilidad, ni en el de la causalidad, pues hay que tener en cuenta la edad del menor —ya adolescente— y las circunstancias de tiempo, lugar y sector de la actividad en que se desarrollaba la actuación del hijo. Y en lo que atañe al menor, aunque su conducta no se ajusta a la normalidad del juego que practicaba, tanto se pondere en la perspectiva de la contribución causal, como en la de la gradación de la culpabilidad, es de una proporción o entidad ínfima en relación con la de los codemandados responsables, que no puede traducirse en un efecto minorativo de las consecuencias económicas.

En el motivo sexto se alega infracción por aplicación indebida de los artículos 1137, 1140 y 1144 del Código Civil en relación con los artículos 1902 y 1903 del mismo Texto Legal, y en relación a los artículos 73 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. El motivo impugna la apreciación de solidaridad. La solidaridad impropia —se afirma— está referida a los supuestos en que no sea posible individualizar las conductas o comportamientos de los agentes cuyos actos concurran al resultado lesivo, lo que no ocurre en este caso en que es perfectamente posible, por el contrario, separar esas conductas. Y en aplicación de tal apreciación sostiene la recurrente que debe atribuirse al encargado de KIROLAK la responsabilidad del 90% (con independencia de la minoración que corresponda por la intervención culpable de la víctima)

y al Ayuntamiento como máximo el 10% restante. El motivo se desestima por dos razones: Por un lado porque la responsabilidad por hecho ajeno, aunque propiamente no es una responsabilidad solidaria, es sin embargo directa, y como tal produce frente a la parte acreedora un efecto similar. Por otro lado, —en cualquier caso—, la causa básica determinante de la culpa extracontractual, y consiguiente responsabilidad civil por el resultado dañoso producido, es la falta de anclaje o sujeción de la portería, y en tal omisión concurren el Ayuntamiento y el encargado de mantenimiento y vigilancia. No hay razón para un tratamiento diferente, ni para establecer una individualización que se traduzca en un coeficiente distinto, y ello es así se tome en cuenta el dato de la contribución causal —hay unidad de causa—, o el de la culpabilidad —grado de negligencia—. Por ello está plenamente justificada la responsabilidad *in solidum* frente al acreedor, y el motivo decae.

En el motivo séptimo se denuncia infracción del artículo 20 (por aplicación indebida) de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de octubre, en relación con la doctrina de las Sentencias, entre otras, de 8 de abril y 16 de mayo de 1996 y 25 de octubre de 1995. El motivo impugna la condena al pago de los intereses especiales del artículo 20 LCS con base en que con arreglo al párrafo octavo de este precepto no procede cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo está fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable. Se alega en síntesis la existencia de una importante controversia entre las partes sobre todos los puntos debatidos, destacando la importancia de los temas controvertidos y que todos ellos se encontraban manifiestamente indeterminados, por lo que no es procedente exigir la consignación de cantidad alguna en su momento. Se añade que la cantidad hasta la resolución final no estaba «líquida y determinada», y que no cabe aplicar los intereses especiales indiscriminadamente y de forma mecánica. Y se concluye que al existir una postura debidamente justificada y fundada, es decir, una «causa justificada» de oposición, no procede la imposición alguna de intereses penitenciales del veinte por ciento. El motivo se estima. El artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, establece en su párrafo octavo, redactado por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, que «no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundado en una causa justificada o que no le fuere imputable». La aplicación del precepto ha dado lugar a una profusa jurisprudencia casuística que, en lo que atañe al supuesto que se enjuicia, se puede reconducir a dos reglas generales, a saber: por un lado, que para determinar si la oposición al pago es justificada debe procederse al análisis

de las circunstancias concurrentes en cada caso (SS, entre otras, 2 marzo y 11 diciembre 2006); y, por otro lado, que debe excluirse la mora cuando hay una discusión objetivamente razonable acerca de si el asegurado debe o no responder del evento dañoso, y, por ende, si puede o no operar la póliza de seguro de responsabilidad civil. Como resume la Sentencia de 7 de febrero de 2007 «se ha venido entendiendo que no cabe reprochar mora a la entidad aseguradora cuando por las circunstancias concurrentes en el siniestro, o por la actitud del asegurado, o incluso por la propia cobertura de la póliza, surge una incertidumbre o se produce una controversia que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente

entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre sobre la cobertura del seguro no resulta razonablemente despejada».

Aplicada la doctrina al caso resulta que efectivamente existía una duda razonable, respecto de la responsabilidad de la entidad asegurada, que resulta despejada por la primera resolución judicial. Por ello, se aprecia, hasta ésta, causa justificada que excluye la mora, y se estima el motivo.

Lo determinante para incluir en el activo de la sociedad de gananciales la indemnización por despido laboral de uno de los cónyuges es la fecha de percepción de la misma, esto es, antes o después de que se disuelva la sociedad.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial de la vivienda sin que pueda destruirse la presunción de ganancialidad por el hecho de que el dinero invertido en la adquisición provenga de un préstamo efectuado por un tercero, ya que éste tendrá derecho a que se le devuelva su importe pero el inmueble tendrá carácter ganancial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don José y doña María Dolores se separaron por sentencia de 20 de abril de 1993; el convenio regulador fue suscrito el 5 de septiembre de 1992. El marido fue despedido de la empresa donde prestaba sus servicios profesionales el 4 de febrero de 1993, habiéndosele pagado como indemnización la cantidad de 2.280.000 pesetas (13.703,08 euros).
- ⊙ El 12 de junio de 1995 se pronuncia una sentencia sobre modificación medidas, relativa a la guarda y custodia de las hijas y la modificación de la obligación de alimentos; esta guarda se atribuye al padre, aunque no se modifica la atribución del domicilio a la esposa.
- ⊙ Don José interpuso demanda de menor cuantía contra doña María Dolores solicitando que se dictase sentencia por la que: a) Se declare disuelta la sociedad de gananciales compuesta por don José y doña María Dolores. b) Se adjudique a cada uno de los cónyuges el 50% del único bien de la sociedad de gananciales situado en Madrid. c) Se saque a pública subasta la finca en cuestión, con citación de licitadores y extraños, subasta que habrá de celebrarse en ejecución de sentencia, repartiéndose la cantidad que resulte al 50% entre ambos cónyuges.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de doña María Dolores como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se digne tener por contestada la demanda y previos restantes trámites del juicio de menor cuantía se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la misma con imposición

de costas a su promotor». Asimismo y por medio de otrosí, formuló demanda reconvenzional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando: «... dicte sentencia por la que se acuerde la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre doña María Dolores y don José, declarando: 1.º Que el piso que figura adquirido por don José y doña María Dolores con carácter ganancial es privativo de doña María Dolores. Que consiguientemente a tal declaración, debe aprobarse las operaciones particionales conforme se establecen en el hecho segundo de la reconvencción. 2.º De forma subsidiaria y para el caso de no aceptarse la condición de privativo del indicado piso, se apruebe las operaciones particionales conforme se han establecido en el hecho quinto de esta reconvencción. 3.º Que igualmente y de forma subsidiaria a la declaración anterior para el supuesto de procederse a la venta en pública subasta del piso en las condiciones de la subasta se haga constar que el piso se encuentra en asignación de uso judicial a doña María Dolores, y que el precio de la adjudicación servirá y será aplicado en principio al pago de las cargas de la sociedad de gananciales, existentes en el hecho quinto de la reconvencción, y de las que se fueran produciendo de gastos e impuestos con relación a esa vivienda, hasta el acto del remate, todo lo cual se efectuará en ejecución de sentencia. 4.º Se impongan las costas de la misma al reconvenido».

⦿ Contestada la demanda y formulada demanda reconvenzional, se acordó conferir traslado de la reconvencción al actor, a fin de que dentro del término legal conteste a ésta. Por la representación de don José, se presentó escrito contestando a la demanda reconvenzional, y oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... dictar sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el Suplico de la demanda formulada por esta parte de disolución de la sociedad de gananciales» y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid dictó Sentencia el 26 de octubre de 1998 estimando la demanda y declarando liquidada la sociedad de gananciales formada por: El Activo: Importe actualizado de la vivienda que constituyó el domicilio familiar y el vehículo Mercedes 190 en el valor que sean pericialmente tasados en ejecución de sentencia y la indemnización percibida por el actor de 2.280.000 pesetas, dividiendo la cantidad resultante por mitad entre ambos cónyuges y todo ello, sin pronunciamiento respecto de las costas procesales.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 28 de abril de 2000, estimando los recursos interpuestos por ambos litigantes acordando que se excluya del activo de la sociedad de gananciales la indemnización laboral percibida por don José y conste en dicha sociedad un pasivo de la sociedad constituido por el importe de 138.374 pesetas en concepto de IBI y por 86.490 pesetas en concepto de cuotas de la comunidad por obras, que conlleva un crédito a favor de doña María Dolores por la mitad de las cifras indicadas, procediéndose a la adjudicación previa valoración en ejecución de sentencia, sin hacer expresa imposición de costas. La Audiencia consideró que la indemnización percibida por éste constituía un bien privativo, por tener un componente de resarcimiento moral, sin perjuicio de los aspectos de reparación material que conlleva la pérdida del poder adquisitivo por la pérdida del trabajo; asimismo entendió que no se había destruido la presunción de ganancialidad de la vivienda, que el crédito por alimentos debía ejercitarse una vez concluidas las operaciones particionales, porque la deuda era extrínseca a la sociedad de gananciales y que había que incorporar los gastos de IBI y comunidad pagados exclusivamente por la esposa, a quien no le reconoció el derecho a continuar haciendo uso de la vivienda porque se habían modificado las medidas relativas a las hijas.

⦿ Doña María Dolores interpuso recurso de casación que fue estimando por el Tribunal Supremo en el sentido de declarar que la indemnización percibida por el despido laboral tienen carácter ganancial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La discusión entre los cónyuges se centró en cuatro cuestiones:

1. Carácter ganancial o privativo de la indemnización por despido improcedente.

El problema esencial que presenta este recurso de casación se refiere a la consideración que debe tener, desde el punto de vista del régimen de gananciales, la indemnización por despido cobrada por el marido constante la sociedad, hecho último que se ha considerado probado y que no es objeto de recurso. Éste es el objeto del segundo motivo del recurso de casación que, al amparo del artículo 1692.4 LEC denuncia la infracción del artículo 1347.1 CC, al no entender la sentencia recurrida que la indemnización percibida por don José por la resolución de su contrato por despido, sea un bien que forme parte de la sociedad de gananciales. En tal sentido, alega la recurrente que la sentencia recurrida violaría las de esta Sala de 25 marzo 1988 y 22 diciembre 1999.

La liquidación de la sociedad de gananciales una vez disuelta por separación o divorcio, ha venido presentando últimamente una alta conflictividad, lo que ha obligado a esta Sala a pronunciarse repetidas veces sobre problemas relativos a la pertenencia o no a la sociedad de gananciales de algunas indemnizaciones. En definitiva, se discute si a determinados bienes deben aplicarse las normas del artículo 1346.5 CC o las del artículo 1346.1.º CC. Esta complejidad ha producido también sentencias contradictorias en diferentes Audiencias provinciales, por lo que parece conveniente en este Fundamento efectuar un resumen de lo dicho por esta Sala en relación a distintas retribuciones relacionadas con el trabajo de uno de los cónyuges, para llegar a conclusiones que permitan obtener una regla que pueda resultar aplicable a casos semejantes al que ahora debe decidirse.

a) Por lo que se refiere a las pensiones de jubilación, es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de la sociedad de gananciales es un bien de naturaleza privativa, como afirma la Sentencia de 29 junio 2000. La de 20 diciembre 2003 resolvió un motivo planteado sobre la pensión de jubilación, en el que el recurrente consideró que dicha pensión debería tener carácter ganancial por el «hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad social durante el tiempo legal, pues esta cotización se realiza con dinero ganancial»; la sentencia desestima el motivo porque la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y

su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo). Así mismo, la Sentencia de 20 diciembre 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido «ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358».

b) Respecto de las pensiones por jubilación anticipada, o con mayor, propiedad, la indemnización por extinción de la relación laboral en un plan de bajas incentivadas de la empresa en la que el marido prestaba sus servicios, la Sentencia de 22 diciembre 1999 entendió que dicha prestación «no retribuye un trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que la nueva situación laboral de don (...), que ha obtenido después de la separación legal de su esposa, sólo a él afectan, con la consiguiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización por prejubilación, que posee una clara proyección de futuro, y en este sentido, es ajena a los principios de la sociedad de gananciales».

c) En relación con las indemnizaciones obtenidas por el esposo por una póliza de seguros que cubría el riesgo de invalidez, se excluye del artículo 1436.6 CC, «toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, por ser una consecuencia económica y permanencia que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad de gananciales ha de liquidarse y repartirse entre ambos cónyuges o sus herederos (Sentencia de 25 de marzo de 1988, referida, sin embargo, al régimen navarro de la sociedad de conquistas).

d) La Sentencia de 27 de febrero de 2007 ha considerado que los planes de pensiones del sistema de empleo, no hechos aún efectivos en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, en los que la sociedad no había efectuado ninguna inversión, debían considerarse privativos del marido.

e) Con relación a la cuestión que ahora nos ocupa, es decir, si una determinada indemnización por despido improcedente debe tener o no la consideración de bien ganancial, la Sentencia de 29 junio 2005 declara tajantemente que «la indemnización es un bien adquirido tras la extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a

ésta, sino que es un bien propio de la persona que lo adquiere». Este argumento se complementa con lo que se afirma en la Sentencia de 20 diciembre 2003 que considera que lo percibido por el pensionista vigente la sociedad de gananciales tiene esta condición.

El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión de que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (Sentencias de 25 de marzo de 1988 y 22 de diciembre de 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter (Sentencia de 20 de diciembre de 2003).

Esta conclusión viene avalada también por las regulaciones de otros regímenes económicos de comunidad, como ocurre con el artículo 28.2 de la Ley de Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad de Aragón, de 12 de febrero de 2003, que establece que ingresan en el patrimonio común durante el consorcio «las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional».

Aplicando, pues, los criterios que han sido mantenidos por esta Sala, debemos estimar el segundo motivo del recurso, porque si bien es cierto que el derecho a ser resarcido por la pérdida del trabajo tiene un fuerte componente moral, también lo es que, en este caso, se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar que la indemnización percibida por don José adquirió la condición de bien ganancial, puesto que se ha obtenido aún vigente la sociedad de gananciales, que se disolvió pocos meses después de haberse cobrado, y es una consecuencia económica del trabajo efectuado por su perceptor, que, además, debe calcularse según los parámetros referidos al salario percibido hasta aquel momento por el trabajador y no se pierde por la obtención de un trabajo posterior a la sentencia que la reconoce. En suma, que estas indemnizaciones deben seguir el mismo

régimen que el salario en relación a su condición de gananciales.

2. Carácter ganancial o privativo de la vivienda familiar.

Alega doña María Dolores, que no constituye acto propio el hecho de haber declarado en la escritura de adquisición de la vivienda que se compra para la sociedad de gananciales y a tal efecto, se entienden infringidas las Sentencias de 29 de septiembre de 1997 y 2 de julio de 1996. Se afirma que no se ha probado la afirmación efectuada por don José durante el procedimiento acerca de que el dinero invertido para adquirir la vivienda conyugal provenía de un préstamo y que él lo devolvió. Por tanto, opina la recurrente que no es vinculante la confesión extrajudicial contenida en las escrituras públicas de adquisición de la vivienda y constitución de hipoteca sobre la misma acerca del carácter ganancial de dicho inmueble, porque el dinero pagado procedió de la empresa BOBES, SA, propiedad del padre de la esposa.

Ciertamente, la presunción de ganancialidad que afecta a un concreto bien puede ser destruida mediante prueba en contrario, como afirma esta Sala en las propias sentencias que se dicen infringidas, que se limitan a aplicar la regla del artículo 1361 CC, a las que deben añadirse las de 26 de septiembre de 1996, 9 de diciembre de 1997, 25 de septiembre de 2001, 26 de diciembre de 2002, entre muchas otras.

La presunción de ganancialidad puede, pues, destruirse por prueba en contrario, lo que no ha ocurrido en el presente proceso, porque no constituye prueba adecuada para ello el hecho de que lo invertido en la adquisición de una vivienda provenga, como préstamo, de una persona diferente a los cónyuges, ya que al tratarse de dinero, el prestatario adquiere su propiedad (artículo 1753 CC) y, por tanto, sólo está obligado a su devolución, adquiriendo el prestatario la propiedad de aquello en que este dinero se haya invertido, con el correspondiente crédito del prestamista contra la sociedad de gananciales adquirente.

Debe, en consecuencia, rechazarse este primer motivo del recurso.

3. Deuda del esposo por impago de pensiones alimenticias.

En el tercer motivo, al amparo del artículo 1692.4 LEC, denuncia la infracción del artículo 93 en relación con 1399, ambos del Código Civil, al no realizarse con carácter previo a la liquidación, la deuda personal del marido y padre por alimentos adeudados a la esposa. Se trata de una deuda por un crédito no pagado, que, según la recurrente, no es ajena al procedimiento de liquidación de los gananciales.

Este motivo no debe admitirse, porque el crédito por alimentos que se discute no es una deuda ganancial, sino personal del marido, generada después de la disolución de la sociedad. Por ello se debe ejercitar «una vez concluidas las operaciones particionales y antes de las definitivas adjudicaciones de los bienes», como afirma la sentencia recurrida, por ser esta deuda ajena a los gananciales.

4. La atribución del uso en relación con la liquidación de la sociedad de gananciales.

El cuarto motivo del recurso, siempre al amparo del artículo 1692.4 LEC, denuncia la infracción

del artículo 96 CC, ya que la medida judicial sobre atribución de la vivienda no ha sido revocada.

La cuestión ofrece dos aspectos que llevan a la desestimación del recurso: a) que según constante jurisprudencia, el derecho de uso de que aún goza la esposa, no es contradictorio con el derecho a la división (Sentencias, entre otras, de 27 de diciembre de 1999 y 28 de marzo de 2003), y b) que en un litigio sobre liquidación de la sociedad de gananciales no cabe plantear cuestiones relacionadas con el artículo 96 CC, por ser totalmente ajeno a ello (Sentencia de 9 de mayo de 2007).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La atribución del uso de la vivienda a los hijos comunes tendrá sus efectos en el momento de la valoración del inmueble a efectos de su venta en pública subasta en la que podrán participar licitadores extraños.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Augusto estaba casado con doña Penélope. Se separaron el 24 de octubre de 1986 y se divorciaron el 23 de mayo de 1988. En 1990 se modificaron las medidas acordadas, aprobando un convenio regulador, de acuerdo con el que los hijos comunes quedaron bajo la guarda y custodia del padre. Posteriormente el hijo mayor fue a vivir con su madre, continuando la hija conviviendo con el padre; a pesar de ello, no se modificaron las medidas de nuevo. La Sra. Penélope continuó en el uso de la vivienda conyugal copropiedad de ambos cónyuges, que formaba parte de la sociedad de gananciales.
- ⊙ Don Augusto interpuso demanda de menor cuantía contra doña Penélope, solicitando que se dicte sentencia acordando liquidar la referida sociedad, adjudicándole el 50% de la vivienda familiar y el 50% del mobiliario instalado en ella; ordenando la venta de los citados bienes, con el fin de que le sea entregado el 50% del importe correspondiente a dicha venta; con expresa imposición de costas a la demandada, si se opusiere a la justa pretensión del actor.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de doña Penélope, como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte, en su día Sentencia acordando la expresada liquidación, adjudicando a cada litigante su parte del piso sito en Colmenar Viejo, si bien de aquella parte que corresponda el actor se detraerá el importe de los recibos de la Comunidad de Propietarios del piso referenciado que han venido siendo abonados por mi representada, así como el valor del Derecho de Uso que ostenta mi representada con respecto al expresado piso, con imposición en costas a la parte demandante».

- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Colmenar Viejo dictó Sentencia el 18 de julio de 1997 estimando parcialmente la demanda, acordando la liquidación de la Sociedad de gananciales y adjudicando al Sr. Augusto un tercio del total del precio que se obtenga tras la venta de la vivienda en subasta pública, así como la mitad de los bienes muebles existentes en la vivienda previo inventario y valoración de éstos a realizar en ejecución de sentencia y adjudicando a la Sra. Penélope dos tercios del precio que se obtenga así como la otra mitad de los bienes muebles existentes en la vivienda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 14.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 10 de abril de 2000 estimando parcialmente el recurso declarando haber lugar a la liquidación de la sociedad de gananciales atribuyéndose a cada uno de los ex cónyuges la participación indivisa del 50% respecto de la vivienda y el 50% respecto del mobiliario existente dentro de ella, y a la procedencia de la división de la cosa común, disponiéndose la venta del inmueble, que fuera domicilio conyugal, en pública subasta con admisión de licitadores extraños por haber consentido ambas partes en la venta pública, y el reparto por mitad de lo que se obtenga entre los dos copropietarios, división y venta que no afectará, en tanto subsista, al derecho de uso de la vivienda familiar establecido por la sentencia de divorcio y común acuerdo de las partes a favor del hijo mayor de la demandada en cuya compañía permanece, cuya subsistencia debe quedar garantizada, sin perjuicio del derecho del ex esposo actor a instar la modificación de la medida ante el órgano jurisdiccional competente por cambio de circunstancias, al no existir constancia actual de la extinción del derecho de uso así atribuido, garantía que sólo persistirá en tanto subsista legalmente la atribución del uso referido y no quede extinguido por cualquier causa, así como la atribución de la participación indivisa del 50% respecto del mobiliario existente en la vivienda, adjudicando a cada uno, previo inventario y valoración de éstos a realizar en ejecución de sentencia, la mitad de los muebles o de su valor si se opta por su venta.
- ⦿ Doña Penélope interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el único motivo del recurso denuncia la ex esposa la infracción de los artículos 96 y 1397 CC al no tener en cuenta el valor del derecho de uso y disfrute del piso ganancial. Considera que el uso de la vivienda no se ha modificado. La recurrente se extiende sobre la naturaleza del derecho concedido en el artículo 96 CC y parece referirse a que el uso debe mantenerse a pesar de la división, aunque, en definitiva, la verdadera finalidad del recurso es que se mantenga la distribución efectuada en la sentencia de Primera Instancia.

Este motivo no debe estimarse por sus fundamentos y ello por las siguientes razones:

1.^a La principal se encuentra en que la sentencia recurrida preserva el derecho de uso atribuido al hijo de los litigantes y a su madre mientras conviva, como se comprueba en el extracto del fallo que se ha reproducido en el Fundamento primero de esta sentencia. La sentencia recurrida es abso-

lutamente concordante con la jurisprudencia de esta Sala, que mantiene la posibilidad del ejercicio de la acción de división a pesar de la existencia y vigencia del uso atribuido a los hijos o al cónyuge. En este punto, la Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 CC, de manera que la Sentencia de 8 mayo 2006 afirma que «(...) la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. Así la Sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999, afirma que «la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible

e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa». La misma sentencia añade posteriormente, con cita de las de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, que «si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (...) y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó». En igual

sentido se ha pronunciado esta Sala en Sentencia más reciente de 28 de marzo de 2003. Esta doctrina debe aplicarse al presente recurso de casación, por lo que la sentencia recurrida se ajusta absolutamente a los presupuestos establecidos en la misma. La lesión del artículo 96 CC sólo se habría producido si no se hubiera respetado este derecho, pero la sentencia recurrida lo mantiene expresamente.

2.^a Respecto al valor que deba atribuirse al inmueble y la imputación a una u otra cuota, dada la subsistencia del derecho de uso establecido a favor del hijo de ambos litigantes y de su madre, mientras conviva o mientras no se solicite la modificación de la medida, debe rechazarse este argumento, porque el derecho en cuestión afecta a la propiedad en su conjunto, de manera que el inmueble debe valorarse en su totalidad y el derecho existente influirá sin duda en el valor final que pueda obtenerse en la subasta. Doña Penélope es copropietaria del inmueble, por lo que este derecho también le afecta, dado que la disminución del valor debe ser soportada por ambos propietarios de forma igual y no sólo por el marido. A ello debe añadirse que mal puede considerarse infringido el artículo 1397 CC, que se limita a establecer que bienes forman parte del activo de la sociedad de gananciales y no hace ninguna referencia expresa a la valoración. Por todas estas razones, debe ser rechazado el único motivo de este recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Responsabilidad de los bienes que se adjudicó la esposa al ser ineficaces las capitulaciones matrimoniales otorgadas después de que el esposo, de profesión comerciante, solicitase un crédito que fue afianzado por una tercera persona, siendo impagado dicho crédito y reclamando la avalista por vía de regreso.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 2007

Ponente: Excm. Sra. doña Encarna Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El 22 de noviembre de 1989 don Juan Ignacio concertó una póliza de crédito de 3 millones con la entidad La Caixa, afianzando la operación doña Guadalupe.
- ⊙ El 8 de octubre de 1991, don Juan Ignacio y doña Valentina pactaron el régimen de separación de bienes, liquidando los gananciales y adjudicándose a la esposa el único bien inmueble de la sociedad. En el pasivo del inventario no figuraba la deuda del marido.

- ⦿ El 27 de julio de 1992 La Caixa demanda al deudor y a la fiadora por impago del principal más las comisiones; fueron embargados bienes de doña Guadalupe, quien finalmente pagó 7.367.110 pesetas (44.277,22 euros). La deuda vencía el 30 de noviembre de 1990.
- ⦿ Doña Guadalupe interpuso demanda de menor cuantía contra don Juan Ignacio y doña Valentina solicitando que se dictase sentencia por la que condene a los demandados al pago de la suma reclamada, los intereses legales, e indemnización de daños y perjuicios, y con expresa imposición de costas a los demandados, de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes de Procedimiento respecto al vencimiento en pleito. Doña Guadalupe demandó a los cónyuges ejerciendo la acción de regreso como fiadora y en su demanda alegó en apoyo de su tesis los artículos 1344 y 1317 del Código Civil, pidiendo que se condenara a ambos al pago de la deuda más los intereses y las costas.
- ⦿ Los cónyuges, don Juan Ignacio y doña Valentina, contestaron por separado, alegando el primero que la deuda no era de la sociedad de gananciales, sino de la sociedad MAGAPON, SA, porque el deudor había invertido allí el dinero obtenido con el préstamo, como participación en el capital al constituirse ésta; al haberse desvinculado de la sociedad don Juan Ignacio acordó con ella que ésta se haría cargo de la deuda. La esposa, doña Valentina, contestó pidiendo que se declarara su falta de legitimación pasiva por no deber nada, ya que el préstamo fue solicitado para el negocio del marido y pidió que se aplicara el artículo 6 del Código de Comercio.
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 17 de junio de 1998 estimando parcialmente la demanda y condenando al demandado don Juan Ignacio a abonar a la actora la cantidad de 7.367.110 pesetas en concepto de principal, más los intereses legales de dicha suma y a indemnizar a la demandante en los daños y perjuicios causados que se determinen en ejecución de sentencia, así como al pago de las costas de este pleito, absolviendo a la codemandada doña Valentina de todos los pedimentos obrados en su contra. El Juzgado entendió que se había ejercido una acción de reembolso del fiador que paga contra el deudor y su cónyuge; que no se habían probado las operaciones que alegaba don Juan Ignacio, por lo que la fiadora ostentaba la acción de regreso. Sin embargo, no extendió los efectos de esta declaración a doña Valentina, porque consideró que la actora debió solicitar la nulidad del acto de adjudicación por fraude de acreedores. Por tanto, estimó parcialmente la demanda, condenando a don Juan Ignacio y estimando la excepción de falta de legitimación presentada por la esposa.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de las Islas Baleares dictó Sentencia el 13 de marzo de 2000 estimando parcialmente los recursos y condenando a don Juan Ignacio y doña Valentina al pago de 7.367.110 pesetas, absolviéndoles del resto de las pretensiones contra ellos dirigidas, sin expresa imposición de costas. La Audiencia condenó a don Juan Ignacio como deudor principal y respecto a la esposa, aplicó lo dispuesto en el artículo 1365.2 del Código Civil, ya que se trataba de una deuda contraída por un cónyuge en el ejercicio del comercio de la que responden los gananciales. Señalaba que no afecta a terceros la modificación del régimen, de modo que el cónyuge no deudor responde no sólo con los bienes adjudicados, sino por el total importe y *ultra vires*.
- ⦿ Doña Valentina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo del recurso de casación se renuncia la aplicación indebida del artículo 6 del Código de Comercio, en relación con artículo 1214 del Código

Civil. La recurrente opina que la demandante debía haber probado: 1) la existencia de la deuda; 2) el carácter de comerciante del esposo de la recu-

rente; 3) que la deuda tuvo origen en el ejercicio del comercio por parte del deudor, y 4) que los bienes gananciales son a resultados de dicho ejercicio. Sin embargo, este motivo no puede admitirse por estos argumentos y ello porque la recurrente no tiene en cuenta el sistema de responsabilidad establecido en los Códigos Civil y Mercantil para los casos en que uno de los cónyuges ejerza el comercio. El artículo 6 del Código de Comercio establece que «en el caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas ... Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». Pero el artículo 7 del propio Código establece una presunción, de modo que «se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo». Esta regla debe ser integrada con el artículo 1365.2 CC en relación a la responsabilidad de los bienes gananciales, que «responderán directamente» de las deudas contraídas: 2.º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio (...) Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio». Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el artículo 6 del Código de Comercio no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito «cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo» (Sentencia 7 de marzo de 2001, así como las de 22 octubre 1990 y 16 febrero 2006). Aplicando estas reglas al presente recurso, debe concluirse que: a) no es cierto que la litis presente las carencias probatorias que se le atribuyen y, por el contrario ha quedado plenamente demostrada la existencia de esta deuda y el pago efectuado por la demandante doña Guadalupe, que le habilita para el ejercicio de la acción de regreso; b) que el régimen de los cónyuges era el de gananciales; c) el marido deudor ejercía el comercio, lo que se demuestra por sus propias afirmaciones, y d) que la esposa nunca se opuso a este ejercicio. Por todo, ello se cumplen los presupuestos para la aplicación de los artículos 1365.2.º CC y 6 del Código de Comercio, que no se ha infringido, como pretende la recurrente.

Con carácter subsidiario, la recurrente, en el segundo motivo denunció la violación por aplicación indebida del artículo 1838 del Código Civil, así como infracción, por falta de aplicación, de los artículos 1254 y 1257 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que los interpreta y concretamente, la STS de 2 de diciembre de 1997. La recurrente

entiende que la infracción se produce porque se la considera deudora, cuando se encontraba en una ignorancia absoluta acerca del tema discutido. En realidad la sentencia recurrida no declara deudora a la recurrente, sino sólo la considera responsable de la deuda contraída por el marido antes de la celebración de los capítulos matrimoniales, en su calidad de adjudicataria de los bienes recibidos en la liquidación de los gananciales. En efecto, el Fundamento cuarto de la sentencia recurrida afirma textualmente que «nos hallamos ante una deuda de la que respondía la sociedad legal de gananciales; que el tránsito hacia un régimen de separación de bienes, constante matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos ya por terceros; y que al no haberse realizado inventario en la disolución, liquidación y adjudicación de los gananciales o, al menos, con la grave irregularidad de omitir la deuda representada por la póliza de crédito referida, el cónyuge no deudor responde, no sólo con los bienes adjudicados, sino *ultra vires* y por entero de su total importe», y de este modo debe integrarse y entenderse el fallo de la sentencia recurrida, cuando condena a los demandados al pago de la cantidad debida. Cuando se disuelve, constante matrimonio, la sociedad de gananciales mediante capítulos matrimoniales, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1317 CC, de modo que ello no perjudicará en ningún caso los derechos de los terceros que sean anteriores a la liquidación (ver, por todas, la Sentencia de 23 de octubre de 2001), sin que se tenga que pedir la rescisión por fraude de las capitulaciones (Sentencia de 18 de marzo de 2002). La responsabilidad afecta a los bienes, independientemente de que se hayan adjudicado al cónyuge no deudor, porque el citado artículo 1317 CC establece la regla de no oponibilidad al acreedor anterior, por lo que el adjudicatario es responsable en tanto tal y no por ser deudor. Además, la sentencia que se dice violada, de 2 de diciembre de 1997, decide sobre la cualidad de deudor del marido como comprador exclusivo, en un supuesto en que los capítulos pactando la separación de bienes, se habían otorgado diez años antes de la celebración de la venta, por lo que no podía demandarse a la esposa y este problema es muy distinto del que ahora nos ocupa, en que se trata de deudas de uno de los cónyuges contraídas antes de la disolución de los gananciales.

En el tercer motivo se denuncia la violación, en su concepto de aplicación indebida, de los artículos 1082 a 1084 y 1402 CC y no aplicación artículos 1023 y 1024 del Código. La recurrente pretende que se apliquen a la liquidación de la sociedad de gananciales las reglas sobre beneficio de inventario y concretamente, la que establece que se pierde dicho beneficio si se dejan de incluir bienes en

el inventario; como no se ha probado que tenga conocimiento de la póliza de crédito, no debe responder por no haber incluido esta deuda. Dejando aparte los defectos formales en que se incurre en la denuncia de las reglas violadas, ya que esta Sala no admite, por aplicación de lo establecido en el artículo 1707 LEC, la alegación de artículos y siguientes y entrando en el fondo del recurso, debe decirse que la recurrente olvida que artículo 1402 CC se refiere a los derechos de los acreedores de los bienes gananciales, a quienes reconoce los mismos derechos que los que los sean de una herencia y ella, sin embargo, no tiene la condición de acree-

dora frente a la demandante y ahora recurrida, sino que se hallaría en una situación semejante a la del heredero, puesto que por las razones que se han expuesto en los anteriores fundamentos, resulta responsable de la deuda reclamada. A ello debe añadirse que su responsabilidad no se rige por el conocimiento o desconocimiento que tuviera de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó, afecto a la responsabilidad generada por las deudas contraídas por su cónyuge durante el régimen, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes. Por todo lo cual, debe rechazarse también este motivo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Al apreciarse simulación en fraude de acreedores se acuerda la nulidad de las aportaciones de bienes inmuebles efectuadas por los cónyuges a una sociedad mercantil después de haberse constituido en fiadores solidarios en una operación crediticia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2007

Ponente: Excm.a. Sra. doña Encarna Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid había contratado con la empresa Cametasa, SL, una línea de descuento con un límite de 5 millones de pesetas. Eran fiadores solidarios, entre otros, don Arturo y doña Catalina. Esta póliza se amplió el 3 de marzo de 1994.
- ⦿ Por impago, la Caja de Ahorros inició un procedimiento ejecutivo y no se pudieron embargar los bienes inmuebles de don Arturo y doña Catalina por constar inscritos a nombre de la sociedad Provipar SL. Esta sociedad se había constituido el 18 julio de 1994, con posterioridad al contrato de descuento y a ella se aportaron los inmuebles que constaban a nombre de don Arturo y doña Catalina, que se constituyeron en arrendatarios de éstos, pagando el arrendamiento a la sociedad.
- ⦿ La entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid interpuso demanda de menor cuantía contra don Arturo, doña Catalina y Provipar, SL, solicitando que se dictase sentencia declarando: «a) La nulidad de la aportación de los bienes inmuebles propiedad de los codemandados, don Arturo y doña Catalina, a la sociedad denominada Provipar, SL, por tratarse de negocios jurídicos simulados y de exclusiva finalidad ilícita en perjuicio de la ahora demandante, acreedora, a la sazón, de aquéllos. b) Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse que el contrato de aportación es absolutamente simulado, que tal aportación se ha efectuado en fraude de acreedores, debiendo, en consecuencia, rescindirse. c) La cancelación de las anotaciones e inscripciones producidas por el referido negocio jurídico de aportación. d) Y, por último, se condene a los demandados al pago de las correspondientes costas y gastos procesales de este litigio».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de don Arturo, doña Catalina y la entidad mercantil «Provipar, SL» como hechos y fundamentos de

derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... que se desestime la demanda interpuesta y en relación a mis patrocinados se declare la desestimación de la demanda por no concurrir simulación absoluta en la constitución de la sociedad Provipar, SL, siendo plenamente válida la causa del negocio jurídico formalizado y para la segunda de las peticiones realizadas, con carácter subsidiario, se declare la falta de acción por parte de la actora por no concurrir los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción de rescisión, todo ello con expresa imposición de costas a la actora».

- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Móstoles dictó Sentencia el 25 de mayo de 1998 desestimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 19.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 23 de septiembre de 1999 estimando el recurso interpuesto por la actora y revocando la sentencia de instancia acordó la estimación de la demanda y en consecuencia declaró la inexistencia del negocio jurídico de aportación de bienes inmuebles propiedad de los codemandados don Arturo y doña Catalina, a que los autos se contraen, a la sociedad denominada Provipar, SL, por tratarse de negocio jurídico simulado, con expresa imposición de las costas causadas en la instancia a los demandados y sin imponer las de esta alzada a ninguna de las partes.
- ⊙ Don Arturo, doña Catalina, y Provipar, SL, interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con base genérica en el artículo 1692, 4 LEC, se formulan tres motivos del recurso, el primero de los cuales denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, por violación de los artículos 1218 y 1277 y concordantes del Código Civil, por el uso de la prueba de presunciones. Este motivo fue admitido a pesar del informe del fiscal, que entendió que sólo se refería a error de hecho en la valoración de la prueba lo que estaba prohibido a partir de la reforma de 1992, pero al citar como infringido el artículo 1218 del Código Civil debemos entrar a examinar su contenido. En él se repiten los argumentos de la contestación a la demanda, o sea, que en el contrato de descuento se estableció una garantía personal; que la aportación de los inmuebles a la sociedad patrimonial creada se efectuó por el valor de mercado, al existir una hipoteca que hacía bajar el valor de los inmuebles; que se obtuvieron a cambio las correspondientes participaciones, que éstas no se embargaron y que por ello, no hubo detrimento del activo de los fiadores. Añaden los recurrentes que en el momento de la constitución no eran morosos y que en definitiva, de la prueba practicada no se ha podido destruir la presunción del artículo 1277 del Código Civil en relación a la concurrencia de la causa del contrato.

En realidad, en este motivo se está pidiendo a la Sala que vuelva a valorar la prueba y que lo haga

de una forma más acorde con la sentencia de 1.^a instancia, que desestimó la demanda. La sentencia de la Audiencia apreció la concurrencia de una simulación absoluta. La determinación de la existencia o inexistencia de la causa contractual es una cuestión de hecho que debe ser fijada por el Tribunal *a quo* y por lo tanto es inatacable desde el punto de vista casacional, a no ser que se desvirtúe en la forma adecuada para ello, lo que no ha ocurrido en el caso que nos ocupa. Y ello ha sido proclamado por una constante jurisprudencia (Sentencias de 31 de diciembre de 1997, 20 de octubre de 1998 y 29 de octubre de 2004, entre muchas otras). Hay que tener en cuenta que los cónyuges aportaron a la sociedad patrimonial sus únicos bienes inmuebles, la vivienda y la plaza de aparcamiento, que continuaron poseyendo como arrendatarios, pagando una renta que constituye el único ingreso de la sociedad, datos que llevaron a la sentencia ahora recurrida a declarar la concurrencia de simulación absoluta y, por tanto, la nulidad de la aportación de bienes a la sociedad, no la de la propia sociedad, porque esta causa no se encuentra entre las previstas en el artículo 16 LSRL. Por todo ello, no debe estimarse este primer motivo del recurso.

Se denuncia la infracción de los artículos 1261, 1275, 1300 y siguientes y 1462 del Código Civil en relación a la inexistencia de consentimiento y causa.

Los recurrentes alegan que no hubo vicio de consentimiento; que la causa es lícita porque el valor de las aportaciones se corresponde con el valor de mercado de los inmuebles aportados; que no hay prueba de la simulación ni de la ausencia de tradición.

Ciertamente, la Sala sentenciadora debe calibrar los elementos que se le aportan para llegar a la conclusión de si se ha producido efectivamente una simulación, puesto que esta prueba será difícil por la misma mecánica de la simulación. Resulta imposible determinar *a priori* las situaciones en las que la simulación concurre, por lo que deben examinarse en cada caso concreto las condiciones de hecho y los intereses de las partes, como ocurre en la simulación efectuada en fraude de acreedores, en la que puede ser determinante la cercanía de la ejecución, o la naturaleza de los bienes enajenados. En el presente caso, debemos tener en cuentas las siguientes circunstancias:

1.º Se trata de una simulación consistente en la aportación a la sociedad de unos bienes pertenecientes a los que constituyen la propia sociedad, cuya orientación es claramente producir la insolvencia de los fiadores; se trata, por tanto, de una simulación dirigida a producir el fraude. Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre esta cuestión y ha considerado como simulación absoluta la disminución ficticia del patrimonio, sustrayendo bienes a la ejecución de los acreedores, pero conservando el falso enajenante el dominio (Sentencias de 26 de diciembre de 1953,

26 de octubre de 1956, 25 de febrero de 1958, 4 de noviembre de 1964, 2 de junio de 1982, etc.).

2.º Los bienes aportados a la sociedad patrimonial creada por los cónyuges son su vivienda y la plaza de aparcamiento. Se valoraron, además, por debajo del valor de mercado, como ha puesto de relieve la sentencia recurrida.

3.º La constitución de la sociedad tiene lugar sólo cinco meses después de haberse constituido los cónyuges como fiadores solidarios de la empresa CAMETASA, SL.

4.º Según la sentencia recurrida, no ha habido siquiera tradición, quedando los cónyuges como poseedores/arrendatarios.

De todo ello se deduce que es correcta la conclusión de la Audiencia de que hubo simulación absoluta de las aportaciones y ello produce su nulidad, con independencia de la validez de la sociedad, que se mantiene, porque no hay causa en el artículo 16 LSRL para declararla. Y ello con independencia de cual sea la teoría que se acoja sobre la naturaleza jurídica de la causa, como apuntan los recurrentes en este motivo, porque en cualquier caso se ha declarado probado que los indicios a que nos hemos referido concurrieron en las aportaciones realizadas por los cónyuges al constituir la sociedad PROVIPAR, SL, motivos ilícitos que determinan la falta de eficacia jurídica del acto de aportación. Por todo lo anterior, debe desestimarse el segundo de los motivos del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Nulidad de compraventa otorgada por el marido una vez disuelta la sociedad de gananciales al faltar el consentimiento del otro cónyuge.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

- El 3 de julio de 1973 doña Concepción, de nacionalidad venezolana, presentó demanda de divorcio en Venezuela contra su marido don Juan Manuel, también de nacionalidad venezolana.
- El 30 de octubre de 1973 la demandante otorgó consentimiento *uxoris* [conyugal] para la venta de bienes del matrimonio.
- El 28 de marzo de 1974 se dictó resolución declarando el divorcio.

- ⊙ El 22 de julio de 1974 doña Concepción y don Juan Manuel otorgaron poder al codemandado don Pablo para la venta de bienes.
- ⊙ El 3 de diciembre de 1974 don Juan Manuel vendió al codemandado don Salvador las fincas litigiosas, usando para ello el poder anteriormente citado, que por el tenor literal de la escritura de compraventa, fue exhibido al Notario autorizante, ínterin, tanto doña Concepción como don Juan Manuel habían otorgado poder al Sr. Pablo para la venta de bienes, en 22 de julio de 1974. Es de resaltar que en este otorgamiento, los otorgantes manifiestan estar casados, cuando realmente estaban divorciados, debiendo entenderse que, ante la inexistencia de divorcio en el Derecho español en aquellas épocas, para nuestro Derecho ambos seguían y siguen siendo matrimonio, sin que se haya disuelto el vínculo.
- ⊙ Doña Concepción interpuso demanda de menor cuantía contra don Salvador, doña Mercedes y contra don Juan Manuel o sus herederos si hubiese fallecido, solicitando que se dictase sentencia declarando que el contrato de compraventa otorgado el día 3 de diciembre de 1974 ante el Notario de Vigo don Luis Solano Aza, interviniendo don Juan Manuel como vendedor y don Salvador, casado con doña Mercedes, como comprador, por el que se vendieron las cuatro fincas que se mencionan en el hecho cuarto de la demanda es inexistente por adolecer de nulidad radical; así como que las cuatro fincas citadas pertenecían a la sociedad legal de gananciales que formaron doña Concepción y don Juan Manuel; y en consecuencia, que don Salvador y doña Mercedes deberán devolver a la actora la finca que se menciona bajo el número dos en el hecho cuarto de la demanda, debiendo don Juan Manuel o sus herederos devolver a los otros dos demandados la cantidad de novecientos mil pesetas, si hubieren sido abonadas en su día, sin que pueda condicionarse la devolución del inmueble a la entrega de la cantidad, debiendo don Salvador y doña Mercedes abonar a la sociedad legal de gananciales que formaron doña Concepción y don Juan Manuel el valor de las fincas que se describen bajo los números uno, tres y cuatro al momento en que fueron vendidas a terceros, con sus frutos e intereses cuya cuantificación se realizará en ejecución de sentencia; e igualmente se solicita la cancelación de la inscripción registral realizada sobre la finca mencionada en el ordinal segundo de dicho hecho cuarto, como consecuencia de la mencionada escritura, verificada el 12 de septiembre de 1979 en el Registro de la Propiedad número dos de La Coruña, al libro NÚM000 de la sección segunda, folio NÚM001, finca NÚM002, inscripción sexta; que se condene a los demandados a estar y pasar por la precedente declaración, y a que en ejecución de sentencia procedan a la devolución de la finca y abono de las cantidades a determinar.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de A Coruña dictó Sentencia el 20 de septiembre de 1994 estimando sustancialmente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la AP de A Coruña, resolviendo recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Salvador, dictó Sentencia el 19 de enero de 1999, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Salvador, revocando parcialmente la sentencia apelada, estimando parcialmente la demanda interpuesta se declara la inexistencia del contrato de compraventa otorgado el tres de diciembre de 1974 ante el notario de Vigo Sr. Solano Aza con el número 5991, que las cuatro fincas que se mencionan en el hecho cuarto de la demanda pertenecían a la comunidad ganancial que formaron doña Concepción y don Juan Manuel y que procede la cancelación de la inscripción registral relativa a la segunda de dichas fincas, obrante al libro NÚM000 de la sección segunda de esta ciudad, folio NÚM001, finca número NÚM002, inscripción sexta, absolviendo de ella en lo demás a los demandados, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.
- ⊙ Don Salvador interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero de casación se introduce con la siguiente fórmula: «Por la vía del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC 1881]; por indebida aplicación de la norma contenida en el artículo del 1275 CC, acerca de los contratos con causa ilícita, y del 1261 del propio cuerpo legal sobre la existencia de contrato». El motivo se funda, en síntesis, en que el consentimiento articulado en el artículo 1413 CC se prestó después del divorcio, cosa que prueba, en unión del retraso en hacer uso de la autorización y del retraso en la interposición de la demanda, que tenía como finalidad articular la liquidación de los bienes del matrimonio y no era realmente un consentimiento uxorio.

El motivo es desestimado en base a la siguiente fundamentación:

A) La parte recurrente no combate la conclusión de la sentencia impugnada en cuanto a la validez, desde el punto de vista de sus consecuencias económico-patrimoniales, del divorcio concedido en Venezuela a la demandante y a su esposo demandado en el año 1974. La cuestión planteada se centra, pues, en determinar si el consentimiento otorgado por la demandante en favor del esposo demandado para la venta de bienes inmuebles de la sociedad conyugal todavía no extinguida constituía un consentimiento uxorio regulado a la sazón en el artículo 1413 CC, o, por el contrario, como sostiene la parte recurrente, se trataba en realidad de un mandato otorgado al marido para la venta de los bienes con vistas a la liquidación del patrimonio conyugal, habida cuenta de las circunstancias en que se prestó, una vez presentada la demanda de divorcio y para su utilización en España.

Estamos en presencia, pues, de la cuestión relativa a la calificación que deba atribuirse al consentimiento prestado por la actora en favor del demandado el 30 de octubre de 1973, una vez presentada la demanda de divorcio en Venezuela, pero antes de que éste fuese declarado por los tribunales venezolanos.

B) Esta Sala viene declarando que corresponde al juzgador de instancia como función propia la de interpretar los contratos, y que esta interpretación sólo es revisable en casación cuando se muestre contraria a la ley o a la lógica (SSTS, entre las más recientes, de 24 de enero de 2006, 12 febrero de 2006, 8 de febrero de 2006, 8 de marzo de 2006, 13 de junio de 2006, 23 de junio de 2006, 20 de julio de 2006 y 14 de septiembre de 2006). A este mismo criterio se ajusta la calificación contractual y la determinación del fin jurídico que se pretende

en el contrato (SSTS de 23 de junio de 2003 y 21 de julio de 2006). Quiere esto decir que sólo puede prosperar en el recurso de casación una alegación de disconformidad con la interpretación o calificación realizada por el tribunal de instancia cuando esta exégesis contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado. El recurrente en casación no puede pretender sustituir la interpretación de la sentencia impugnada por su propio criterio, siempre y cuando las normas hermenéuticas hayan sido aplicadas correctamente.

C) En el caso examinado la interpretación y la calificación del consentimiento otorgado por la demandante al demandado no se advierte que sea contraria a la lógica, pues –si bien existen ciertas circunstancias que puedan apoyar la interpretación que realiza la parte demandante, en el sentido de que el consentimiento tenía como finalidad facultar al marido para la liquidación de los bienes radicados en España– la Audiencia destaca correctamente que el consentimiento se prestó en los términos literales que estrictamente lo configuraban como un consentimiento uxorio prestado para cubrir la exigencia establecida en el artículo 1413 CC, según la redacción vigente en la época, cosa que impide, en función de la prevalencia de la interpretación literal, atribuirle efectos más allá de sus estrictos términos limitados a la subsistencia del matrimonio, teniendo además en cuenta que con posterioridad a la declaración de la demanda de divorcio ambos ex cónyuges otorgaron mandato a una tercera persona para la venta de los bienes, circunstancia que es objeto de apreciación en la sentencia recurrida para extraer consecuencias hermenéuticas de la correlación que parece existente, en la intención de los intervinientes, entre la extinción del consentimiento otorgado a raíz de la disolución del vínculo conyugal y el otorgamiento conjunto de un nuevo poder.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: «Por la vía del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC; por no aplicación de las normas contenidas en el artículo 1295 CC, acerca de la afectación al tercero de buena fe; en relación con el 1253 CC, sobre la apreciabilidad de las presunciones como medio de prueba, para lo que es indispensable que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». El motivo se funda, en síntesis, en que a) el demandado actuó de buena fe, confiado en la validez del consentimiento de la esposa; y b) el juzgador de instancia parte de elementos de hecho que carecen de entidad para declarar la inexistencia del contrato.

El Tribunal Supremo vuelve a desestimar el motivo en base a:

a) El artículo 1295 CC, que se cita como infringido, se refiere a las consecuencias de la rescisión en relación con los contratos que son rescindibles a tenor del artículo 1291 CC. El supuesto que se contempla en estos autos es totalmente ajeno a la aplicación de estos preceptos, puesto que la sentencia impugnada, que se combate en el recurso, no da lugar a acción rescisoria alguna, sino que declara la inexistencia del contrato por falta de uno de sus elementos fundamentales: el consentimiento por parte de uno de los condóminos de los bienes enajenados. En efecto, la sentencia impugnada declara literalmente que «el marido no podría disponer de los bienes gananciales del modo regulado en dicho artículo [artículo 1423 CC], sino que se requeriría la decisión conjunta y parigual de ambos cónyuges (...) en el contrato faltó el consentimiento de la Sra. Concepción, al carecer de virtualidad el invocado, expresamente referido al exigido por el precepto citado y propio, en el mejor de los casos, de un régimen de disposición ya inaplicable al tiempo del otorgamiento».

b) Es cierto que el juzgador de instancia declara la inexistencia del contrato fundándose, según dice, en una causa ilícita que deduce de la concurrencia de determinadas circunstancias en torno al mismo. Sin embargo, la sentencia impugnada, que es la sentencia de apelación, funda esta inexistencia en la falta de consentimiento por parte de uno de los condóminos de los bienes enajenados, habida cuenta de la ineficacia del consentimiento uxorio, prestado a tenor del artículo 1413 CC, en la redacción a la sazón aplicable, dada la extinción del vínculo matrimonial en el momento en que se celebra el contrato. La jurisprudencia declara que la valoración de la prueba y la interpretación de los contratos realizada por el tribunal de apelación, en tanto no se demuestre la existencia de una infracción del ordenamiento jurídico en los términos que acaban de exponerse, debe prevalecer, por razones de lógica y jerarquía procesal, sobre la llevada a cabo en la primera instancia (SSTS, entre otras, de 19 de mayo de 2006, 28 de junio de 2006 y 3 de julio de 2006) y, en consonancia con ello, que el recurso de casación se formula contra, exclusivamente, la sentencia dictada en segunda instancia, en relación con sus fundamentos fácticos y jurídicos y, en definitiva, el fallo dictado en virtud de los mismos (SSTS de 26 octubre de 2006, 8 de noviembre de 2006 y 30 de noviembre de 2006). No es, en consecuencia, aceptable la argumentación del motivo que se centra en combatir las conclusiones obtenidas por el Juzgado para deducir de ciertas circunstancias que rodean a la compraventa

impugnada la existencia de una causa ilícita o de una simulación.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula: «Por la vía del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC; por no aplicación de la norma contenida en el artículo 1301 del Código Civil, acerca del plazo para instar la nulidad del contrato.» El motivo se funda, en síntesis, en que en el momento de interponer la demanda había transcurrido el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 CC para el ejercicio de la acción encaminada a invalidar actos contratos realizado por uno de los cónyuges en el consentimiento del otro.

El motivo nuevamente se desestima. El plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 CC para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las acciones ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que «adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley», siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, «concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 », es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales «no hay contrato» (SSTS de 18 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 6 de septiembre de 2006, 28 de septiembre de 2006 y 22 de febrero de 2007). Cuando no concurren en el negocio jurídico controvertido los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC estamos en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, cuya declaración puede solicitarse sin sujeción a plazo alguno, pues, como declaran las SSTS de 4 de noviembre de 1996 y 14 de marzo de 2000 «la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción» (en el mismo sentido la SSTS de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras). En el caso examinado se trata de este último supuesto y por consiguiente estamos en presencia de un supuesto de nulidad absoluta y no de un supuesto de nulidad relativa. Con anterioridad a la reforma del CC llevada a cabo por la Ley 11/1981, la trascendencia de la falta del consentimiento *uxoris* en las enajenaciones de bienes gananciales realizadas por el marido no encontró una solución unívoca en la doctrina, pues para unos determinaba la inexistencia o nulidad radical del negocio, para otros la anulabilidad o nulidad relativa y para un tercer sector la rescindibilidad o ineficacia parcial y estas vacilaciones también se reflejaron en la jurisprudencia, pues hubo sentencias que calificaron la acción ejercitada al amparo del artículo 1413 CC (actual 1322 CC, que resuelve la cuestión a favor de la anulabilidad, salvo cuando se trata de enajenación a título gratuito) como de ineficacia, otras de nulidad absoluta y, por

último, las más recientes, de anulabilidad (SSTS de 10 de octubre de 1982, 22 de enero de 1983, 5 de mayo de 1988, 20 de febrero de 1988, 6 de octubre de 1988, 26 de junio de 1989, 15 de diciembre de 1989, 17 de abril de 1990, 7 de junio de 1990, 11 de octubre de 1990, 22 de diciembre de 1992, 1 de abril de 1993 y 22 de diciembre de 1993 y 29 de septiembre de 2006, que invoca la doctrina de muchas anteriores). La sentencia impugnada mediante el recurso no se refiere a un supuesto de falta de consentimiento uxorio, pues declara la inexistencia del contrato por falta de consentimiento de uno de los condóminos, en congruencia con la existencia de una comunidad posganancial que se rige por las normas de la comunidad ordinaria (SSTS de 6 de junio de 1997, 21 de noviembre de 1987, 3 de marzo de 1998, 19 de junio de 1998, 7 de diciembre de 1999 y 13 de diciembre de 2006, entre otras), respecto de la cual no cabe la alteración de la cosa común, y consiguientemente la enajenación, sin consentimiento de todos los condóminos (artículo 397 CC y SSTS de 10 de diciembre de 1966, 25 de junio de 1995, 25 de junio de 1990, 31 de marzo de 1997 y 23 de enero de 2003).

No se advierte, en consecuencia, que se haya infringido el artículo 1301 CC, por no ser aplicable el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción que en el mismo se establece.

Inexistencia de derecho de crédito de los cónyuges por las cantidades que aportaron para la adquisición de una vivienda antes de contraer matrimonio y que posteriormente vendieron y con su producto adquirieron una vivienda que ya tuvo carácter ganancial al adquirirse constante el matrimonio.

Carácter privativo de la donación efectuada por el padre de la esposa a favor de ésta al hacerse el ingreso a nombre exclusivo de la misma aunque se tratase de una cuenta ganancial. La inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la transforma, *per se*, en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta.

La circunstancia de que en un procedimiento de modificación de medidas se indicase que no existían deudas con terceros no implica que en la liquidación de la sociedad de gananciales no pueda discutirse la existencia o no de deudas.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Cuando se trata de la liquidación de la sociedad, el Código Civil no contempla una preferencia en la atribución de la vivienda conyugal a ninguno de los cónyuges y mucho menos prevé que deba aplicarse en este caso la regla del artículo 96 del CC, que exige la concurrencia de unas condiciones para atribuir el uso, no la propiedad, de la vivienda conyugal cuando los cónyuges se separen o divorcien.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2007

Ponente: Excm. Sra. doña Encarna Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Blanca y don Gabriel contrajeron matrimonio el 23 de enero de 1982, y se separaron judicialmente por Sentencia de 26 junio 1992 y después de una reconciliación, el 4 junio 1998 se decretó el divorcio.
- ⊙ En ejecución de la sentencia de divorcio, se intentó la liquidación del régimen de gananciales, pero al no llegarse a un acuerdo, la esposa presentó demanda contra su ex marido, pidiendo que se procediese a la liquidación, discutiéndose sobre la cualidad, ganancial o privativa, de determinados bienes, existencia de deudas de la sociedad y la atribución de la vivienda conyugal. En concreto,

los puntos de la discusión se centran en los siguientes bienes: a) la esposa había aportado 2.000.000 de pesetas (12.020,24 euros) para la adquisición de un piso que compraron los cónyuges en 1980, es decir, casi dos años antes de contraer matrimonio; b) los padres de la esposa le donaron 5.000.000 de pesetas (30.050,61 euros) constante matrimonio y repartieron entre todos los hijos un premio que les había correspondido en la lotería; c) el esposo pidió que se le adjudicara la vivienda que ambos cónyuges habían comprado en Salamanca en razón de que el hijo del matrimonio convivía con él en otra vivienda también ganancial, situada fuera de esta ciudad; d) si existían o no deudas de la sociedad de gananciales.

⊙ Doña Blanca interpuso demanda de menor cuantía contra don Gabriel solicitando que se dicte sentencia por la que se acuerde la liquidación de la sociedad y se hagan las adjudicaciones conforme a la propuesta realizada por esta parte.

⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, presentando escrito de contestación la representación de don Gabriel contestando a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte sentencia desestimatoria de la demanda con expresa imposición de costas» y asimismo formuló en dicho escrito demanda reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: «... se dicte sentencia por la que se acuerde la liquidación de la sociedad y se hagan las adjudicaciones conforme a la propuesta realizada por esta parte».

⊙ De la demanda reconventional se acordó conferir traslado a la actora, presentándose escrito por la representación de doña Blanca, contestando a la misma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: «... se dicte sentencia por la que se acuerde la liquidación de la sociedad y se hagan las adjudicaciones conforme a la propuesta realizada por esta parte».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Salamanca dictó Sentencia el 7 de diciembre de 1999 estimando parcialmente la demanda y la reconvenición acordando liquidar la sociedad de gananciales y realizar las adjudicaciones de los bienes resultantes, en el modo y manera expuesto en el Fundamento Quinto de la resolución.

⊙ En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó Sentencia el 8 de marzo de 2000 estimando parcialmente el recurso interpuesto por doña Blanca y revocó la sentencia de instancia declarando que el activo de la sociedad estaba formado por: a) vivienda sita en la CALLEooo núm. NÚMooo - NÚMoor de Salamanca; b) Plaza de garaje aneja a la vivienda; c) una vivienda en la localidad de Babilafuente; d) ajuar, muebles y enseres de aquellas viviendas, y e) un vehículo SEAT-Toledo, todo ello con un valor global de 16.223.802 pesetas (97.507,01 euros). El pasivo de la sociedad estaba formado por las cantidades de 2.000.000 y 5.000.000 de pesetas como crédito de la Sra. Blanca, cuya actualización correspondía a la cantidad de 15.497.979 pesetas (93.144,73 euros). Se efectuaba la siguiente adjudicación: a) la vivienda de Salamanca, con su ajuar y la plaza de garaje se atribuyeron a la esposa; b) la de Babilafuente con su ajuar y el coche, se atribuyeron al marido; c) al tener que soportar éste la mitad de la deuda que la sociedad conyugal mantenía con doña Blanca y al recibir de menos en la adjudicación, debía compensar a la Sra. Blanca en la cantidad de 2.897.628 pesetas (17.415,10 euros).

⊙ Don Gabriel interpuso recurso de apelación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien declaró que la cantidad de 2.000.000 de pesetas no forma parte del pasivo de la sociedad de gananciales y debe ser excluida de la liquidación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Vivienda adquirida por los cónyuges antes de contraer matrimonio.

Argumenta el recurrente que aun cuando la cantidad de 2.000.000 de pesetas aportada por la esposa se podía considerar privativa, habría adquirido la condición de ganancial porque se invirtió en una vivienda en Bilbao, que luego se vendió, destinándose el precio obtenido en una nueva vivienda en Salamanca, designada como domicilio conyugal. La cantidad se destinó a la adquisición conjunta de una vivienda sin atribución de cuotas, por lo que se puede presumir la voluntad de los cónyuges a favor del carácter ganancial de dicho bien, que la sociedad de gananciales adquirió a nombre de ambos cónyuges como vivienda conyugal.

Se debe partir de los hechos probados que según la sentencia recurrida son: a) que la primera vivienda del matrimonio se compró casi dos años antes de contraerlo; b) que se adquirió a nombre de los futuros esposos, y c) que la futura esposa aportó una cantidad para el pago del precio. De acuerdo con estos datos, hay que recordar que la vivienda de Bilbao nunca tuvo el carácter de ganancial, sino que los futuros cónyuges la compraron por mitades, de modo que doña Blanca invirtió la cantidad en cuestión en adquirir su parte. Ciertamente, después se invirtió el dinero obtenido con la venta de este inmueble en la adquisición de una vivienda, esta vez sí con carácter ganancial, por lo que se debe concluir que lleva razón el recurrente en este punto, puesto que tuvo lugar una comunicación de los patrimonios privativos al ganancial cuando se produjo esta venta, diluyéndose en el mismo.

Lo que se ha discutido durante todo el procedimiento no es si los bienes adquiridos con esta aportación inicial fueron o no gananciales, que no lo fueron, sino si la cantidad invertida en un bien no ganancial, adquirió después este carácter por voluntad de quien era su titular, la esposa. El piso comprado en 1980 antes de contraer matrimonio nunca fue ganancial, aunque después las cantidades que se obtuvieron con su venta se destinaron a la adquisición de una nueva vivienda, esta sí con el carácter de bien ganancial; hay que tener en cuenta que ambos cónyuges aportaron para su compra, sus propios bienes privativos, es decir, las respectivas mitades del piso originario, por lo que no existió nunca un crédito de doña Blanca contra la sociedad por la aportación de un bien que nunca fue ganancial. Podría haberse tratado de una liberalidad a favor del futuro esposo, pero esta cuestión nunca se ha planteado en el pleito, por lo que no podemos entrar en ella.

Por tanto, lleva razón el recurrente al decir que la inversión en la nueva vivienda ganancial transformó la condición de las iniciales aportaciones, ya que el origen de las cantidades inicialmente invertidas en un bien privativo adquirido por mitades indivisas, no origina ningún crédito contra la sociedad de gananciales, puesto que, de ser así, también el marido lo habría ostentado por la parte que invirtió en la compra de la nueva vivienda.

Por todas estas razones, debe estimarse este motivo del recurso y declarar que no existe ningún crédito contra la sociedad de gananciales por las cantidades que se invirtieron en la compra del piso de Bilbao.

Habiendo sido admitido el primero de los motivos de casación, decae el formulado como cuarto, siempre al amparo del artículo 1692, 4 LECiv, en el que el recurrente denuncia la infracción, por violación, del artículo 1398 del Código Civil y la jurisprudencia que identifica en la Sentencia de 8 de marzo de 1996. Intenta que se aplique ahora el principio de la subrogación real, y viene a decir que si se invirtió en una vivienda ganancial el producto de un bien privativo, se aplicaría el principio de la subrogación real, de modo que lo invertido habría adquirido la condición de ganancial. Este motivo es un complemento del formulado como primero, que ha sido admitido y por ello, no procede su examen.

2. Donación efectuada por los padres de la esposa.

En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción por violación del artículo 1353 del Código Civil y de la jurisprudencia, sin que se aporte por parte del recurrente ninguna sentencia que identifique como infringida. Afirma el recurrente que los bienes donados por los padres de la esposa, lo fueron conjuntamente a los cónyuges y por tanto, se trata de dinero ganancial, ganancialidad que vendría reforzada porque se invirtió en la compra de una nueva vivienda, la de Salamanca, que es ganancial.

Debe denunciarse que en este motivo, el recurrente hace supuesto de la cuestión, puesto que las pruebas obrantes en los autos y muy especialmente el documento bancario que declara que la cantidad discutida se ingresó en favor de doña Esther, llevan a afirmar que los bienes fueron donados por los padres de ésta a su hija de forma exclusiva y no conjuntamente a los cónyuges.

Debe recordarse ahora, para reforzar lo dicho, que el artículo 1353 del Código Civil establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados

por terceros a los cónyuges y exige para ello que concurran los requisitos previstos en el propio artículo, que son: a) que la liberalidad haya sido aceptada por ambos cónyuges; b) que el donante no haya establecido lo contrario, y c) que se trata de una presunción que admite prueba en contrario. En este caso, no consta que se cumpliera el primer requisito, sino que ha resultado probado que la liberalidad se efectuó únicamente a la esposa, por lo que ya no puede aplicarse el artículo 1353 del Código Civil que se cita como infringido, por no cumplirse las condiciones exigidas en él.

La inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la transforma, *per se*, en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta, como resulta de lo dispuesto en los artículos 1358 y 1364 del Código Civil, por lo que debe rechazarse este segundo motivo, ya que no se puede aplicar la presunción del artículo 1353 del Código Civil ni la del 1361, que de todos modos, no se ha citado como infringido.

Al amparo del artículo 1692.4 LEC, en el tercer motivo se denuncia la infracción de la doctrina de los actos propios; el recurrente argumenta que en el incidente de modificación de medidas 238/95 y en el documento de reconciliación de los cónyuges de 1992 se afirmaba que no había deudas de la sociedad, aunque no se especificaba a qué deudas se refería el citado documento.

El motivo no puede admitirse por sus argumentos y ello por las siguientes razones:

1.º El incidente a que se refiere el recurrente tuvo lugar para la modificación de la pensión compensatoria atribuida en la sentencia de separación; en él, se efectuaba un cálculo de ingresos y gastos con el fin de aminorar la pensión establecida. En este incidente se realizó una referencia a deudas que los cónyuges pudieran tener contra terceros y más teniendo en cuenta que durante la vida del matrimonio, según la prueba que consta en los autos, los cónyuges recibieron préstamos de algunos familiares de la esposa, que se afirma han quedado saldados.

2.º De ser como el recurrente pretende, la esposa habría efectuado una condonación; pero ésta debería haber sido probada y esto no ha ocurrido en todo el procedimiento.

3.º También incurre el recurrente de nuevo en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión en este motivo, porque la sentencia recurrida ha considerado probado que la deuda contra la sociedad de gananciales era real y se concretaba en los cinco millones de pesetas recibidos por la esposa como donación de sus padres, sin que esta prueba

haya sido atacada en casación por los cauces legalmente establecidos para ello.

3. Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar en relación con las adjudicaciones a los cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Se denuncia en el quinto motivo, la infracción por violación del artículo 96 del Código Civil. Impugna el recurrente la adjudicación a la ex esposa de la vivienda en Salamanca, consecuencia de habersele atribuido ésta a doña Blanca en el procedimiento de divorcio. Se argumenta que en aquel momento, se atribuyó a doña Blanca la guarda y custodia del hijo menor, razón por la que se efectuó la adjudicación de la vivienda; pero, habiendo el hijo pasado a convivir con su padre, la vivienda se debería atribuir a don Gabriel para salvaguardar los intereses del hijo.

El recurrente pretende que un problema de adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales, sea decidido por normas que se aplican en el procedimiento de divorcio y, por tanto, sin tener en cuenta las normas aplicables en este trámite, que es el procedimiento en el que ahora se encuentran los ex cónyuges.

La regla que regula la formación de los lotes en la sociedad de gananciales, que el Código Civil no enuncia, pero que se da por supuesta, es que «las adjudicaciones satisfactivas del haber se deben realizar conservando entre los partícipes la posible igualdad y haciendo lotes con cosas de la misma naturaleza, especie y calidad». El artículo 1406 del Código Civil establece, sin embargo, unas preferencias en la adjudicación en casos especiales, entre los que se encuentra el apartado 4.º referido a la adjudicación preferente de la vivienda familiar que, en el caso de la liquidación por causa de muerte de uno de los cónyuges, puede ser conferida al superviviente que tenga su residencia habitual en el inmueble que constituye la vivienda. El presente recurso se plantea al margen de esta regla, porque la disolución del régimen no se ha producido por la causa prevista en el artículo 1406 del Código Civil, sino por divorcio, lo que hace inaplicable el artículo 1406.4.º del Código Civil.

Cuando trata de la liquidación de la sociedad, el Código Civil no contempla una preferencia en la atribución de la vivienda conyugal a ninguno de los cónyuges y mucho menos, prevé que deba aplicarse en este caso la regla del artículo 96 del Código Civil, que exige la concurrencia de unas condiciones para atribuir el uso, no la propiedad, de la vivienda conyugal cuando los cónyuges se separen o divorcien, teniendo en cuenta de manera primordial, el interés de los hijos, que debe protegerse en el procedimiento de crisis matrimonial, pero que

no tienen este interés en un proceso puramente liquidatorio de la sociedad conyugal, que acabará atribuyendo los bienes que la forman por criterios puramente económicos, con las excepciones del artículo 1406. La regla del artículo 96 del Código Civil no afecta a la titularidad del inmueble destinado a vivienda, sino a su uso, porque los intereses protegidos en el proceso matrimonial en que se incardina el artículo 96 CC, son fundamentalmente los de los hijos menores, a quienes la ruptura debe perjudicar lo menos posible, y esta finalidad

no existe en el procedimiento que ahora se está efectuando, por lo que no pueden alegarse las reglas de la atribución del uso de la vivienda en el procedimiento de divorcio con la finalidad de que se adjudique definitivamente a uno de los titulares de la sociedad, el bien que la había constituido, en detrimento del principio de igualdad que debe presidir la liquidación.

Por todas estas razones debe también rechazarse este motivo del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

A pesar de que en la escritura pública se hizo constar que el inmueble tenía carácter ganancial, el resto de pruebas practicadas lleva al Tribunal a declarar que éste pertenece privativamente a la esposa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don José Ignacio interpuso demanda de menor cuantía contra doña Begoña solicitando que se dictase sentencia por la que se acuerde la liquidación siguiente: «a) Considerando que el bien que es propiedad de la Comunidad de bienes formada por doña Begoña y don José Ignacio es el piso de Madrid y dado que quien reside en ese piso es el hermano de doña Begoña, correspondería que ésta abonara a mi mandante la cantidad que corresponda al 50% del valor en que sea tasado el mencionado inmueble por el perito que para ello se designe. B) Si dicha cantidad no pudiese o no quisiese abonarla doña Begoña a mi mandante, el piso objeto de esta *litis* tendría que salir a subasta pública concediendo a cada comunero la cantidad que con prorrateo de sus participaciones en el inmueble le correspondieran, conforme al precio de enajenación del mismo. C) Solicitando esta parte que sea condenada doña Begoña a las Costas que origina este procedimiento, dada su temeridad y mala fe».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, contestó la demandada alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y, previa alegación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, terminó suplicando al Juzgado, tras formular reconvencción: «se sirva estimarla dictando en su día resolución que incluya mandamiento al Registro de la Propiedad núm. 10 de Madrid ordenando se practique inscripción relativa al piso NÚM001 de c/ CALLE000 núm. NÚM000 de Madrid, reconociendo el pleno dominio de la finca registral NÚM002 a favor de la reconviniendo doña Begoña y anulando por tanto cualquier otra anterior que se oponga a ésta, por tratarse de un bien privativo de la Sra. Begoña, e imponiendo el pago de todas las costas causadas en el presente procedimiento al demandante y reconvenido don José Ignacio».
- ⦿ Conferido el oportuno traslado de la reconvencción formulada, contestó el actor reconvenido alegando cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado la declaración de «no haber lugar a dicha reclamación –reconvencción– y condenando en costas al reconviniendo».

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Madrid dictó Sentencia el 29 de enero de 1998 estimando la demanda y desestimando la reconvencción interpuesta de contrario, declaró que el bien cuestionado pertenece a la sociedad legal de gananciales que constituyeron en su día los contendientes, correspondiendo a cada litigante un 50% del valor en que sea tasado por perito designado al efecto, pudiendo abonar la demandada al demandante su parte, si le conviniera, y en caso contrario deberá sacarse a subasta pública repartiéndose por mitad el precio, imponiéndose las costas del procedimiento principal, del reconvenccional en la forma descrita en el fundamento cuarto de derecho de la presente resolución.
- En grado de apelación, la Sec. 18.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 9 de octubre de 2000 revocando la sentencia de instancia, desestimando la demanda y estimando la reconvencción declaró que el piso sito en Madrid pertenece en pleno dominio y es bien privativo de doña Begoña, y en consecuencia acordó librar mandamiento al Registro de la Propiedad núm. 10 de los de Madrid ordenando se practique inscripción relativa al piso citado reconociendo el pleno dominio de la citada finca registral NÚMoo2 a favor de la ya citada doña Begoña anulando cualquier otra anterior que se oponga a la misma, con imposición de costas causadas en primera instancia a la parte actora, y sin hacer imposición de costas en esta alzada.
- Don José Ignacio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se contrae la controversia suscitada en estos autos a determinar el carácter privativo o ganancial del bien inmueble, cuya división se instaba en la demanda. Así, mientras que el actor, después reconvenido, desde el tenor literal de la escritura pública de compraventa de fecha 20 de agosto de 1984, en que su entonces esposa hizo constar que adquiriría la vivienda para la sociedad conyugal, pretendía su consideración como bien ganancial, ésta, la demandada reconviniente, entendía, con base en la total documental unida a las actuaciones, que tal bien era privativo suyo, al haber sido adquirido por su madre, doña Francisca, si bien inscrito después a su nombre.

Los tres motivos en que se articula el presente recurso de casación, todos ellos al amparo de lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se orientan a un mismo propósito, a saber, priorizar la eficacia probatoria del documento público de compraventa, respecto del resto de documental tomada en consideración por la Audiencia para concluir reconociendo el carácter privativo del bien cuya división se instó.

En el primero de los motivos referidos se invoca la infracción del artículo 1344 del Código Civil, con el que se encabeza el capítulo IV del Título III del Libro IV del Código Civil, dedicado al régimen económico-matrimonial de la sociedad

de gananciales, si bien, a renglón seguido, expone el recurrente que en dicho primer motivo se propone denunciar, por la vía del error de derecho, la infracción de las reglas de valoración de las pruebas cometida por el tribunal *a quo*. Pues bien, ni la cita aislada del referido precepto puede servir de sustento a un motivo de casación, visto su marcado carácter genérico, ni la confesada pretensión de combatir la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia se articuló en debida forma, con cita de norma de valoración de prueba que contenga regla legal tasada y que se considere infringida, con exposición de la nueva resultancia probatoria (SSTS de 6 de mayo de 1997, 1 de marzo de 1999, 26 de abril de 2000 y 2 de marzo de 2001). En suma, el planteamiento del recurrente 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, se 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 (SSTS de 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 (SSTS de 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 de conformidad con aquellos (SSTS de 25 de febrero de 1995, 30 de mayo de 1995 y 14 de julio de 1997).

Lo anterior aboca indefectiblemente a la desestimación del motivo, y ello por cuanto el éxito de lo pretendido conllevaría la conversión de la casación en una tercera instancia, lo que es inadmisibile. Como señala la Sentencia de 31 de mayo de 2000 la función de la casación es velar por la aplicación del derecho, revisar el juicio emitido sobre el fondo del asunto y comprobar que la ley, sea adjetiva, o material, se ha aplicado correctamente (Sentencia 25 de enero de 1999), de lo que deriva que no es una tercera instancia, por lo que no cabe entrar en los hechos, revisar la prueba o mantener una versión fáctica favorable a sus intereses (STS de 9 de febrero de 1999, 21 de enero de 2000).

En el segundo motivo, también al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la LEC, denuncia el recurrente infracción de lo dispuesto en el artículo 1253 del Código Civil, sobre prueba de presunciones, con cita después también del artículo 1249 de igual texto legal, del que ya ha dicho reiteradamente esta Sala que resulta prácticamente inoperante en casación.

Este motivo debe correr igual suerte que el primero y ello por cuanto es doctrina de esta Sala que el artículo 1253 del Código Civil faculta o autoriza, mas no obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso de este medio probatorio para fundamentar su fallo, no se infringe dicho precepto. Más bien parece que confunde el recurrente la prueba de presunciones con las deducciones lógicas (aunque al final hable, al parecer erróneamente, de que todo el cúmulo de indicios que articula conduce a una «presunción real», si bien, se está refiriendo a la afirmación del artículo 1361 CC) que, desde toda la documental unida a las actuaciones —prueba directa—, efectuó la Audiencia Provincial a los efectos de desvirtuar la presunción de ganancialidad, como se dice, de que gozaba el inmueble litigioso, por efecto de lo dispuesto en el expresado artículo 1361 del Código Civil, concluyendo que el mismo era privativo de la esposa. Tal confusión o error de planteamiento conduce a la desestimación del

presente motivo, en el que la parte recurrente sigue insistiendo en someter a la Sala sus propias consideraciones sobre la valoración de la prueba y su particular visión de la controversia, ajustada a su particular interés.

Por último, en el tercer motivo de este recurso se alega infracción del artículo 1218 del Código Civil, sobre la eficacia probatoria de los documentos públicos. Sobre este precepto ha declarado con reiteración esta Sala (Sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1998 y 28 de septiembre de 2006) que «esta prueba (documentos públicos) no es necesariamente superior a otras (Sentencias de 25 de junio de 1983, 27 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986 y 18 de junio de 1992) y la veracidad intrínseca de las declaraciones contenidas en ellos puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias de 8 de mayo de 1973, 9 de mayo de 1980, 15 de febrero de 1982, 14 de febrero y 14 de marzo de 1983)». Así, prosigue la Sentencia de 28 de septiembre de 2006, antes referida, «el valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (Sentencia de este Tribunal de 30 de septiembre de 1995). En igual sentido las Sentencias de 26 de enero de 2001, 30 de octubre de 1998, 11 de julio de 1996, 18 de julio de 1992, 27 de marzo de 1991, 2 de abril de 1990 y 6 de julio de 1989».

En el presente motivo, el recurrente se limita a combatir la convicción adquirida por el Tribunal *a quo*, tras la valoración conjunta de la prueba obrante en autos, de la falta de veracidad de las declaraciones efectuadas por la esposa al tiempo del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, con lo que no se aprecia vulneración alguna del precepto que se denuncia infringido, que no confiere a los documentos públicos la eficacia extrema que le quiere otorgar el recurrente. En suma, se retoma nuevamente en este motivo el designio común que subyace al presente recurso, que no es otro, como ya se ha dicho, que rebatir la apreciación probatoria del tribunal de apelación. También este motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Para la adquisición de la vecindad civil por residencia no se computa el tiempo en que el esposo no tenía capacidad de obrar; la llamada emancipación tácita del antiguo artículo 160 del CC no alcanzaba a la esfera personal y no computaba para la adquisición de la vecindad civil. Al contraer matrimonio no había adquirido la vecindad catalana por residencia durante diez años y por tanto el régimen del matrimonio era el de gananciales.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Eloy nació en Montegicar (Granada), territorio de Derecho común, en 1941; en 1959 emigró a Barcelona, región de Derecho civil propio, especialmente en Derecho de familia (régimen económico-matrimonial presuntivo de separación de bienes) donde hizo vida independiente, con el consentimiento de sus padres; en fecha 5 de junio de 1970 contrajo matrimonio con doña Verónica. Se produjo la separación en 1989 y el divorcio en 1993, por sendas sentencias.
- ⊙ Doña Verónica interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Eloy solicitando al Juzgado que se dictara sentencia por la que se declare 1.º) Que el régimen económico del matrimonio fue el de la sociedad de gananciales. 2.º) Que los bienes que constituyen el activo de la sociedad de gananciales formada entre mi mandante y el demandado son los siguientes ... 3.º) Que se rectifiquen, en su caso, los asientos e inscripciones del Registro de la Propiedad en que, indebidamente, se atribuye el carácter de privativos a alguno de tales bienes. 4.º) Que el único pasivo de la sociedad de gananciales es un préstamo hipotecario, por importe de 2.800.000 pesetas, a devolver en 48 trimestres siendo el primero de ellos en enero de 1984, préstamo otorgado por la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros, en fecha 26 de julio de 1983, con garantía hipotecaria del bien inmueble reseñado en el capítulo de haber de la sociedad de gananciales con el núm. 2 (Cunit), con el capital pendiente que resulte de la prueba pericial. 5.º) Que el remanente de la sociedad de gananciales es el formado por importe resultante de restar el apartado 2.º), el importe del apartado 4.º 6.º) Que procede la liquidación de la sociedad de gananciales por mandato legal, al haberse decretado la separación de los cónyuges y ser firme la sentencia. 7.º) Que se adjudique el 50% del remanente de la sociedad de gananciales a mi mandante. 8.º) Que para la efectiva entrega a mi mandante del 50% de su participación en la sociedad de gananciales liquidada, y toda vez que no tiene en su poder ningún bien de la misma, se condene al demandado a entregar bienes formando los lotes oportunos, o dinero efectivo, a mi mandante suficientes para cubrir la participación de ésta en el remanente de la sociedad de gananciales. Todo ello con la condena en costas del demandado.
- ⊙ Don Eloy, 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 desestimando la demanda se absuelva libremente de la misma al demandado con expresa imposición de costas a la parte actora.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona dictó Sentencia el 8 de septiembre de 1998 desestimando la demanda declarando no haber lugar a declarar que el régimen económico-matrimonial en que estaba sometido el matrimonio en su día celebrado entre las partes era el de sociedad legal de gananciales, por lo cual debe denegarse la liquidación de sociedad ganancial igualmente interesada por la parte demandante. Con imposición de costas a la parte actora.

⦿ En grado de apelación la Sec. 18.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el día 4 de junio de 1999 estimando el recurso totalmente y declarando que el régimen económico al que estuvo sujeto el matrimonio existente en su día entre ambos litigantes fue el de gananciales, que se declara disuelto desde la fecha de esta sentencia quedando diferida la liquidación de la sociedad y la adjudicación de los bienes para el trámite de ejecución de la misma, sobre la base de los bienes declarados probados adquiridos constante matrimonio por ambos litigantes, y con aplicación de las normas del Código Civil específicas y, por remisión de ellas, de las que regulan las particiones hereditarias, todo ello sin expresa imposición de costas de ambas instancias.

⦿ Don Eloy interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que llega a casación, en el presente proceso iniciado por demanda de doña Verónica contra don Eloy, recurrente en casación, divorciados, es la vecindad civil de este último que en la fecha del matrimonio determinaba automáticamente la de la esposa y, por ende, el régimen económico-matrimonial, es decir, si en el momento del matrimonio el esposo, hoy demandado y recurrente en casación, tenía la vecindad civil catalana por residencia de diez años y, por tanto, el régimen económico-matrimonial era y fue siempre el de separación de bienes, o bien conservaba todavía la vecindad civil de Derecho común y, por tanto, el régimen era el de comunidad de gananciales.

Partiendo de la norma básica de la irretroactividad de las leyes que proclama ahora el artículo 2.3 del Código Civil según redacción por Decreto legislativo de 31 de mayo de 1974 y el artículo 3 en el texto original del Real Decreto Legislativo de 24 de julio de 1989, los preceptos aplicables vigentes al tiempo de matrimonio (5 de junio de 1970) fueron las siguientes:

– Artículo 160 relativo a la emancipación tácita, en su redacción originaria anterior a la mencionada reforma de 1974: Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independientemente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.

– Artículo 15, penúltimo y antepenúltimo párrafos relativos a la adquisición de vecindad civil por residencia de diez años y por el hecho mismo del matrimonio, vigentes al tiempo del matrimonio de las partes, en 1970: para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias o territorios de derecho común,

a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad. Una y otra manifestación deberán hacerse ante el Juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro Civil. En todo caso la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre y, a falta de éste, la de su madre.

– Artículo 1315, párrafo segundo, en su redacción originaria, al igual que el 1316, actual, redactado por Ley de 13 de mayo de 1981: a falta de contratos sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.

– Artículo 225 del Reglamento del Registro Civil al referirse a la adquisición de la vecindad civil por residencia de diez años, dispone en su segundo párrafo: II. Reglas reglamentarias relativas a la vecindad civil que corresponde al que adquiere nacionalidad por naturalización o por opción.

– Artículo 320 del Código Civil según redacción de la Ley 13 de diciembre de 1943 y antes de su reforma por Ley 16 de noviembre 1978 disponía que la mayor edad empieza a los veintinueve años cumplidos.

De lo anterior deriva lo siguiente: el esposo, don Eloy, cuando contrajo matrimonio no había alcanzado la vecindad civil catalana puesto que no llevaba diez años de residencia, ya que no se computa el tiempo en que no puede legalmente regir su persona, es decir, tener capacidad de obrar; cuando hubo alcanzado la mayoría de edad y empezado el cómputo, no transcurrieron diez años antes del matrimonio; y tampoco le servía la llamada emancipación tácita que, en aquella época, el Código Civil no le daba capacidad sino simple facultad para adquirir y administrar los bienes adquiridos, en vida independiente. En consecuencia, ni el esposo ni, por ende, la esposa, tenía

vecindad civil catalana, sino de Derecho común. En consecuencia, el régimen era comunidad de gananciales. Cuyo régimen no consta haber sido cambiado por capitulaciones matrimoniales posteriores al matrimonio, que se podían hacer a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975.

Tras la exposición anterior, es claro que no debe estimarse el recurso de casación, formulado en tres motivos, todos ellos al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que mantienen la posición originaria del demandado, manteniendo que al contraer matrimonio ya había adquirido la vecindad civil del Derecho civil de Cataluña y, por ello, que el régimen era de separación de bienes.

El primero de los motivos alega la infracción del artículo 15.3 del Código Civil en su redacción originaria, que ha sido transcrito. No hay tal infracción. Esta norma se cumple, pero la del Registro Civil que también se alega en este motivo, la completa al fijar no ya la declaración sino el cómputo del plazo de residencia para la adquisición y establece que el cómputo no comprende el tiempo de minoría de edad o de falta de emancipación y la tácita, en aquella época, no alcanzaba a la esfera personal, sino tan sólo una muy concreta de la esfera patrimonial.

Esto último es el contenido del motivo segundo. Se alega infracción de los artículos 160 y 317 del Código Civil en su redacción originaria. El primero ha sido transcrito. El segundo se refiere a la eficacia de la emancipación, sin comprender la tácita. El primero puede aplicarse al caso presente y, como se ha dicho, esta especie de la llamada emancipación tácita que contemplaba el antiguo artículo 160 del Código Civil tan sólo comprendía una parte restringida del contenido patrimonial que podía corresponder a un menor de edad que viviere independiente de los padres, que no perdían la patria potestad; y no alcanzaba, en modo alguno, la esfera personal, ni tampoco permitía suponerlo como capaz de obrar en sentido pleno. Precisamente, como contraposición a esta norma, no como continuación sino como contraste, la Ley de 13 de mayo de 1981 redactó el nuevo artículo 319 y éste sí iguala la emancipación tácita a la emancipación expresa.

Por tanto, no hay infracción de que el antiguo artículo 160, sino estricta y correcta aplicación, ni tampoco del nuevo artículo 319, sino correcta inaplicación de su contenido, todo ello por mor del principio de irretroactividad de las leyes.

El tercero de los motivos del recurso de casación se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la iniciación del cómputo de los diez años para la adquisición de la vecindad civil.

No hay tal infracción. No hay duda, como se alega en el motivo, que la adquisición de la vecindad civil por residencia se produce *ipso iure*, automáticamente por el cumplimiento del plazo, según constante doctrina jurisprudencial. Pero el problema no es éste, que es indiscutible. El problema, en el presente caso y en tantos otros, es el cómputo.

Más concretamente: si se computa el tiempo en que el adquirente carecía de capacidad de obrar.

La doctrina jurisprudencial es concorde, como no podía ser menos, con la expuesta hasta ahora. Las Sentencias de 23 de marzo de 1992 y de 20 de febrero de 1995 así lo ratifican, citando numerosas anteriores, en el sentido de que en el cómputo no se incluye el tiempo de la minoría de edad sin emancipación. Dice la primera: es evidente que cuando don Víctor Manuel alcanzó la mayoría de edad, lo que tuvo lugar, en 30 de mayo de 1975, al cumplir los veintidós años (artículo 320 del Código Civil en su redacción vigente en dicha fecha) tenía la vecindad civil común, por lo que desde la referida fecha hasta que trasladó su residencia (1981) a Palma de Mallorca no habían transcurrido los diez años para que pudiera haber adquirido la vecindad civil catalana, al no ser posible computar (como erróneamente, sin plantearse siquiera el tema, hace la sentencia recurrida) los años que, desde 1966, durante su minoría de edad, en unión y bajo la patria potestad de sus padres, residió en Barcelona, pues el artículo 225 del Reglamento de Registro Civil, después de establecer en su párrafo 1.º, en plena concordancia con el artículo 14.3.2.º del Código Civil, que «El cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario», agrega en su párrafo 2.º que «En el plazo de diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona», en cuya situación se encontró don Víctor Manuel durante su minoría de edad (desde 1966 a 1975), cuyo período de tiempo, por tanto, no puede ser computado al objeto expresado. Al tener el demandado Sr. Víctor Manuel la vecindad civil común, según acaba de razonarse, cuando en 1983 contrajo matrimonio, en Palma de Mallorca, con la actora, aquí recurrente, doña Montserrat, sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales, ha de concluirse que su referido matrimonio quedó sometido al régimen legal de gananciales. Y la segunda, de 20 de febrero de 1993, reiteró la doctrina jurisprudencial de la anterior sentencia en un caso extraordinariamente semejante al que ahora se presenta en casación, resolviéndolo en forma semejante a la que se va a pronunciar.

UNIONES DE HECHO

Se considera común la vivienda familiar en la que residió la pareja de hecho durante la convivencia, y al haberse acreditado que la conviviente aportó determinadas sumas de dinero que se destinaron a la ampliación y mejora del inmueble, se acuerda que el conviviente abone a aquélla el 50% de su valor. Al no haberse acreditado la legislación alemana se aplica la ley española.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Rosa interpuso demanda de menor cuantía contra don Rubén, solicitando que se dictase sentencia condenando al demandado a satisfacerle la cantidad de 28.944.216 pesetas, o subsidiariamente, declarando que doña María Rosa tiene derecho a percibir del Sr. Rubén por los hechos descritos, el valor de la mitad de la casa descrita en el hecho tercero de esta demanda, lo que se calculará en ejecución de sentencia, más sus intereses legales desde esta interpelación judicial hasta sentencia y los del artículo 921 de la LEC desde que ésta fuera dictada hasta su completo pago, con expresa condena en costas. Doña María Rosa alegaba que entre 1981 y 1993 había mantenido una relación de convivencia *more uxorio* con el demandado, en el transcurso de la cual la actora había invertido 340.280 marcos alemanes, equivalentes a 28.944.216 pesetas, en la ampliación y mejora de la casa que el demandado poseía en la Parroquia de San Agustín, término municipal de San José (Ibiza) denominada «Can Sindich», por lo que solicitaba que se condenase al demandado al pago de la anterior cantidad o subsidiariamente al del valor de la mitad de la casa propiedad del demandado, cuyo cálculo se determinaría en ejecución de sentencia.

⊙ Don Rubén contestó a ésta, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dictase sentencia «desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora». Don Rubén opuso que, si bien era cierto que los litigantes habían mantenido una relación sentimental como pareja de hecho, desde el año 1981, la mejora y ampliación de la vivienda de Ibiza se había financiado con fondos propios del demandado, resultado de la enajenación de otros inmuebles en Alemania, muchos de cuyos trabajos fueron realizados por la empresa constructora de la que el demandado era propietario, por lo que ningún derecho tenía la actora en la referida propiedad.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ibiza dictó Sentencia el 22 de enero de 1999 estimando la demanda y declarando que la demandante tiene derecho a percibir la mitad del valor de la casa objeto de autos denominada Can Sindich, que se determinará en ejecución de sentencia, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración, a satisfacer a la actora dicha suma una vez determinada más el interés legal incrementado en dos puntos desde su liquidación, y al pago de las costas procesales. El Juzgado estimó la demanda, al entender que ambos litigantes habían mantenido una relación *more uxorio* entre 1981 y 1993, en la cual la demandante había entregado importantes sumas de dinero al demandado, «durante su vida en común, de las que una parte importante fue destinada al chalé de autos, sin que sea posible determinar con exactitud el montante de dicha suma», por lo que, en atención a la doctrina jurisprudencial que trata las uniones de hecho y los patrimonios comunes de éstas, concluyó diciendo que «dada la existencia de una comunidad de vida y bienes,

lo procedente es considerar que la participación o cuota de los litigantes en el chalé de autos ha de repartirse por mitad».

◉ En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Islas Baleares dictó Sentencia el 3 de abril de 2000 desestimando el recurso interpuesto por el demandado. La Audiencia Provincial, desestimó el recurso de apelación de la parte demandada, al considerar «totalmente ajustado a derecho el razonamiento que hace el Juez *a quo* en la sentencia de instancia en el sentido de concluir que la actora entregó importantes sumas de dinero al demandado durante su vida en común, de las que una parte importante se destinaron al chalé de autos» y que «en el supuesto de autos ha quedado debidamente acreditado que los hoy litigantes convivieron como si de un matrimonio se tratase desde el año 1981 hasta el año 1993, período de tiempo prolongado durante el cual la actora hizo reiteradas e importantes entregas de dinero al hoy demandado, invirtiéndose gran parte de éstas, seguro, en la vivienda que constituyó el domicilio habitual de los convivientes y que, a juicio de esta Sala, tales hechos probados evidencian que la inequívoca voluntad de los hoy litigantes fue la de hacer común la referida vivienda; existiendo, por lo tanto, en el supuesto de autos, los *facta concludentia*, a los que se refiere la mencionada doctrina del Tribunal Supremo, reveladores de un pacto tácito dirigido a hacer común la vivienda que constituyó el domicilio habitual de los convivientes».

◉ Don Rubén interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación se centra en los siguientes motivos:

I. Inexistencia de pacto para hacer común la vivienda familiar.

El primer motivo de casación fue interpuesto al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 392 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

El recurrente aduce que la sentencia recurrida infringe el precepto que regula la comunidad de bienes al entender que, en sus consideraciones, no se acoge la doctrina jurisprudencial aplicable a las uniones de hecho por la cual se establece que han de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por hechos concluyentes, evidencian que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos a lo largo de la duración de la unión de hecho. Continúa argumentando que «no apareciendo ninguna prueba al respecto de que en ese sentido conviniesen el Sr. Rubén y la Sra. María Rosa, se ha de concluir que los bienes adquiridos por cada una de las partes litigantes son de su propiedad exclusiva, y que no ha existido tal comunidad». En el recurso, se prosigue criticando la supuesta equiparación que la sentencia impugnada realiza entre las uniones de hecho y el matrimonio, ya que, a su juicio «tanto la Sentencia dictada por

la Audiencia Provincial, como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, vienen a equiparar la unión objeto de autos, a un vínculo matrimonial, y la califican como de comunidad de bienes con participaciones iguales de ambos litigantes». Finaliza el motivo alegando que, si bien la jurisprudencia admite la posibilidad de compensación económica de uno de los miembros de la unión extraconyugal a otro, cuando la convivencia finaliza, con la prueba de que uno de ellos percibió un enriquecimiento a costa del otro, en el caso que nos ocupa, la acción de reclamación habría prescrito —por el transcurso del plazo general para el ejercicio de las acciones derivadas de la responsabilidad extracontractual— y, a mayor abundamiento, la demandante no tendría causa o razón por la cual reclamar al existir causa o motivo legítimo como es el acuerdo de convivencia.

Este motivo es desestimado por el Tribunal Supremo.

En efecto, de lo actuado se extrae la evidencia de que el recurrente lejos de rebatir la aplicación de la norma, pretende oponerse, con alegaciones que recogen una interpretación particular de los hechos, a los argumentos correctamente empleados por el Tribunal de Apelación a la vista de la prueba practicada. La sentencia de segunda instancia no infringe en modo alguno la normativa que regula la comunidad de bienes, al contrario, a la vista de los hechos, aplica la doctrina jurisprudencial adecuada

al caso, siendo claro que la verdadera controversia con lo planteado por el recurrente se centra en la valoración de la prueba: éste pretende convencer a la Sala de que no hubo un consentimiento tácito ni expreso de los integrantes de la pareja de hecho, *more uxorio*, de formar una comunidad de bienes, contrariamente a lo estimado por la Audiencia al considerar que existió un consentimiento tácito al señalar que «tales hechos probados evidencian que la inequívoca voluntad de los hoy litigantes fue la de hacer común la referida vivienda». Ha de significarse que esta Sala tiene vedada la nueva valoración de prueba, como se ha venido reiterando –Sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 21 de noviembre de 2005; de 15 de diciembre de 2005; de 20 y 28 de febrero de 2007, entre otras–, ya que la apreciación de la existencia de la mencionada voluntad tácita recogida en la sentencia se asienta sobre una serie de consideraciones fácticas, que sólo pueden ser desvirtuadas mediante la impugnación eficaz de la valoración probatoria, realizada en legal forma, lo cual no se ha hecho en este caso.

A mayor abundamiento, la argumentación relativa a la acción de «enriquecimiento injusto» es, a todas luces, improcedente en casación, al tratarse de una cuestión nueva no planteada oportunamente por la parte en la contestación a la demanda, sin que, por tanto, pueda entrar a valorarse la posible prescripción de la acción o la existencia de causa del enriquecimiento, ya que «reiterada doctrina jurisprudencial impide conocer en casación de las cuestiones nuevas, y, en principio, se consideran como tales las no aducidas por las partes en sus escritos alegatorios y las surgidas *ex novo* en este recurso, como ocurre en el planteamiento del motivo. Las cuestiones nuevas alteran el objeto de la controversia, atentan a los principios de preclusión e igualdad de partes (entre otras, SSTs de 11 de abril y 4 de junio de 1994) y producen indefensión para el litigante adverso (SSTs de 22 de julio y 20 de septiembre de 1994 y 26 de mayo de 2006)» –Sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 2007–.

2. Adquisición del inmueble antes del inicio de la convivencia y realización de las obras a su costa.

El segundo motivo fue interpuesto también al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 393 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

El recurrente entiende que la Sentencia de Apelación ha olvidado tener en cuenta datos relevantes, como que el chalé de autos fue adquirido por el demandado antes de la convivencia de ambos litigantes; que las obras de reforma y ampliación del chalé fueron realizadas por la constructora del actor y costeadas por éste; que la demandante carecía de medios económicos; y que el demandado era quien

costeaba los gastos de mantenimiento de la actora y de su hija, e igualmente que la actora ocupó y explotó la vivienda sin contraprestación alguna.

Este motivo es igualmente desestimado.

Sin atisbo alguno de argumentar la incorrecta aplicación del precepto invocado y de la supuesta doctrina jurisprudencial, de la cual no hay mención alguna en el cuerpo del motivo, el recurrente de nuevo, como ya se evidenciase en el primer motivo, pretende revisar el procedimiento, lo que es inaceptable como es sabido en casación, partiendo de unos hechos que no han sido apreciados por la sentencia impugnada –y, a la sazón, tampoco por la de primera instancia– para intentar que esta Sala vuelva a valorar la prueba practicada conforme a los propios intereses de la parte. El recurrente, para llegar a una conclusión fáctica radicalmente contraria a la alcanzada en la sentencia de segunda instancia, se basa en su particular valoración de la prueba, incurriendo así en la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida –SSTs de 20 de febrero de 1992, 6 de noviembre de 1992, 12 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1993, 29 de diciembre de 1998, 28 de septiembre de 1999 y 5 de julio de 2000– 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 –SSTs de 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 de conformidad con aquéllos –SSTs de 25 de febrero de 1995, 30 de mayo de 1995 y 14 de julio de 1997–, todo ello sin haber desvirtuado previamente la base fáctica de la sentencia recurrida con cita de norma de valoración de prueba que contenga regla legal tasada, que se considere como infringida con exposición de la nueva resultancia probatoria –cfr. SSTs de 2 de septiembre de 1996, 25 de febrero de 1997, 6 de mayo de 1997, 15 de junio de 1998, 1 de marzo de 1999, 7 de junio de 1999, 26 de abril de 2000, 9 de octubre de 2000 y 2 de marzo de 2001–. Como se dice en Sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2005 el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión está vedado en este recurso extraordinario, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Sala –Sentencias de 10 y 22 de febrero, 16 de marzo, 8 y 21 de abril, y 9, 12 y 18 de mayo de 2005–. A través del examen, parcial e interesado, que la parte realiza de los diversos medios de prueba, no pretende sino someter a esta Sala su propia visión de la controversia, propugnando la íntegra revisión de la prueba, con lo cual no se pretende otra cosa que convertir esta casación en una tercera instancia,

lo cual en modo alguno es posible, como tiene esta Sala reiteradamente declarado.

3. Incorrecta aplicación de la ley española cuando correspondía aplicar la legislación alemana.

En el motivo tercero, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción por inaplicación de los artículos 9.1.º, 9.2.º, 12.6.º y 107 del Código Civil, por cuanto la ley aplicable al caso que nos ocupa a tenor de dichos preceptos es la alemana —*sic*—.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que sus antecesores.

Ha de comenzarse por significar que, si bien los jueces españoles no tienen obligación de conocer el derecho extranjero, puesto que tal facultad no está amparada en el principio general de *iura novit curia*, las normas de conflicto que regulan el derecho privado aplicable al caso concreto, forman parte del ordenamiento jurídico interno y, como tales, deben ser conocidas y aplicadas por los tribunales. Dicho esto, con independencia de cual resultase en el presente caso el derecho aplicable —alemán o español— en función de la acción ejercitada, la infracción denunciada en este motivo carece de referencia puesto que, aún cuando hipotéticamente el derecho aplicable fuese el alemán, atendiendo a la norma de conflicto correspondiente al caso que nos ocupa —sea la 9.1 o la 9.2 del Código Civil—, la falta de obligación de los jueces españoles de conocer el derecho alemán exige a las partes probar su existencia y vigencia, ya que «para que el derecho extranjero pueda ser aplicado en el proceso, su vigencia y contenido han de quedar probados (Sentencias de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de marzo de 1994, 25 de enero de 1999, entre otras muchas). Se trata de una consecuencia de que al Tribunal y a las partes no se les pueda exigir conocerlo, a diferencia de lo que sucede con el derecho español, conforme a la regla *iura novit curia* (artículos 1.7 y 6.1 del Código Civil)» —Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005—, o que «el derecho extranjero aplicable hay que concretarlo, facilitárselo al Tribunal (*vid.* Sentencia de 31 de diciembre de 1994, entre otras), pues no le alcanza el *iura novit curia*, y cumplir con el artículo 12.6 del Código Civil, conforme al cual la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, todo ello, sin perjuicio de que al juzgar pueda valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios» —Sentencia 9 de febrero de 1999—. Por tanto, la falta de aportación de la legislación alemana al procedimiento impediría que el motivo tuviese eficacia casacional, ya que no podría resolverse en ningún caso sobre el fondo, conforme al derecho que se alega aplicable, debiendo emplearse de

forma supletoria, por tanto, ante la falta de prueba del derecho extranjero, el derecho español, lo cual no permite modificar en modo alguno el fallo de la sentencia, al haber sido dictado conforme a derecho. En definitiva, en el presente motivo, el recurrente, pretende agotar todas las posibles vías para impugnar en casación la sentencia impugnada, si bien de forma incompleta, puesto que, al citar como infringidos preceptos del ordenamiento jurídico español, obliga a la Sala a pronunciarse sobre su aplicabilidad, si bien no acredita, y ni siquiera menciona precepto del BGB alemán, ni ninguna otra norma del ordenamiento germano, por lo que, difícilmente puede deducirse de este motivo qué infracción es la que supuestamente comete la Sentencia de Apelación.

4. Condena en costas.

Finalmente, el motivo cuarto, se plantea al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aduce el recurrente que, siendo objeto de la controversia «las consecuencias patrimoniales de las uniones *more uxorio*, en la que por falta de regulación por el legislador, se da una cierta penumbra e inseguridad jurídica (...) esta parte no era merecedora de las costas de la primera instancia».

Este motivo es asimismo desestimado.

A este respecto, ha de ponerse de manifiesto la doctrina de esta Sala en materia de recurso de casación de la imposición de costas procesales. Así, la Sentencia de 12 de febrero de 2004 establece que «es doctrina reiteradísima de esta Sala que el artículo 523 LEC sólo es idóneo para sustentar un motivo de casación cuando lo que se alegue sea la infracción del principio objetivo del vencimiento, no la falta de apreciación de circunstancias excepcionales que, por ser facultad del juzgador de instancia, resulta irrevisable en casación —SSTS de 1 de octubre de 1997, y 24 de noviembre de 1998, entre otras muchas—; en el mismo sentido se pueden mencionar las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1992; 28 de enero de 1994; 1 de octubre de 1997; 20 de septiembre de 2000; 16 de febrero de 2001; 14 de mayo de 2001; y 18 de marzo de 2002. Pues bien, en el caso que nos ocupa, la sentencia de primera instancia impuso las costas a la parte demandada siguiendo el criterio del vencimiento, pronunciamiento que se mantiene en la sentencia de segunda instancia, que fue desestimatoria del recurso de apelación y, por tanto, confirmó la de primera instancia, por la cual se estimó íntegramente la demanda; todo lo cual impide plantear en casación el criterio subjetivo y la concurrencia de circunstancias excepcionales, para pretender la exoneración de la condena.

UNIONES DE HECHO

Declaración de la existencia de una unión de hecho entre los convivientes durante los años que precedieron al posterior matrimonio que dio lugar a una comunidad de bienes que posteriormente se convirtió en una sociedad de gananciales que debe ser liquidada.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Juana interpuso demanda de menor cuantía contra don José Luis, solicitando que se dictase sentencia por la que se resolviera declarar que entre las partes en litigio existió una unión extramatrimonial entre los años 1978 y 1992 que generó la creación de una comunidad de bienes adquiridos durante ese tiempo, bien tenga carácter de comunidad entre propietarios, o una sociedad civil de hecho, o por analogía sociedad de gananciales, participando cada uno de los miembros de la pareja en cada uno de los supuestos al 50% de las propiedades de los bienes muebles o inmuebles, pérdidas o ganancias y en general sobre cualquier bien o derecho adquirido en el período de tiempo referenciado, que con la celebración del matrimonio entre ambos se convirtió en sociedad de bienes gananciales. Y, declarada la existencia de la misma, se proceda a su disolución y liquidación, condenando al demandado a efectuar la liquidación de la misma mediante las operaciones de partición correspondientes, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes, liquidación que puede llevarse a cabo en trámite de ejecución de sentencia. Subsidiariamente, para el supuesto de no estimarse la anterior pretensión, se declare el derecho a una indemnización que se concretará en atención al volumen de bienes, derechos y beneficios adquiridos durante ese período de tiempo, que en principio se señala en siete millones de pesetas (7.000.000 de pesetas). Se solicita igualmente que se acuerde la devolución a la demandante del ajuar doméstico y enseres personales propios, aportados a la vivienda. Con condena en costas a la parte demandada.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, en fecha 9 de diciembre de 1998 la representación procesal de don José Luis contestó a ésta, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dictase sentencia «por la que desestimando íntegramente dicha demanda se absuelva completamente a mi mandante de todas las pretensiones deducidas en la misma, todo ello con expresa imposición de las costas del juicio a la parte actora».
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Villarcayo dictó Sentencia el 27 de julio de 1999 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación la Sec. 3.ª de la AP de Burgos dictó Sentencia el 7 de julio de 2000 estimando parcialmente la demanda y declarando que entre las partes existió una unión extramatrimonial entre los años 1978 y 1992, constituyéndose entre ellos una comunidad de bienes durante ese tiempo, en una cuota del 50% cada uno de ellos respecto de los bienes así calificados en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, apartados 1) y 4); convirtiéndose posteriormente en sociedad de gananciales, debiéndose proceder a su disolución, avalúo y liquidación en ejecución de sentencia con adjudicación del haber correspondiente a cada uno de ellos, condenándose al demandado a la realización de estas operaciones. Se acuerda la devolución a la demandante del ajuar doméstico y enseres personales propios aportados a la vivienda, y fijándose la cantidad de quince mil pesetas mensuales en concepto de alimentos a favor de la actora, que hará efectivas el demandado en los

cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que la actora designe. Todo ello, sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.

⊙ Don José Luis presentó recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El litigio del que trae causa el presente recurso de casación fue promovido por doña Juana, la cual, alegando que ambos litigantes habían convivido, formando una unidad familiar desde el año 1978, fruto de la cual habían nacido sus dos hijos, y que contrajeron matrimonio el 17 de octubre de 1992, siendo que, durante diecisiete años, ambos cohabitaron *more uxorio*, ocupándose la actora de la familia, además de desempeñar un trabajo fuera del hogar. En fecha 20 de noviembre de 1995, se produjo la separación judicial del matrimonio, acordándose en la sentencia la disolución del régimen económico-matrimonial, sin que, hasta la fecha, se hubiese procedido a la liquidación y adjudicación de los bienes que formaban la sociedad de gananciales, manteniéndose en la demanda que, al momento de producirse la disolución del régimen económico-matrimonial, existían en el patrimonio común Letras del Tesoro por valor de 4.000.000 de pesetas, un vehículo Renault 11 valorado en 1.000.000 de pesetas, el ajuar doméstico –mobiliario, ropa, una motocicleta y dos bicicletas de carreras– valorado en 2.000.000 de pesetas, un rebaño de ovejas –con las correspondientes subvenciones– por valor de 3.000.000 de pesetas, depósitos en Cuentas de Ahorros por valor de 3.000.000 de pesetas, y los frutos y rentas de todos esos bienes desde el momento de la disolución de la sociedad de gananciales hasta el momento de interposición de la demanda. Por todo ello, solicitaba la declaración de la existencia de la unión extramatrimonial, así como la división de los bienes, adjudicando a cada uno la mitad del valor de los mismos y, subsidiariamente, la indemnización a la demandante en 7.000.000 de pesetas, en concepto de daños derivados de la convivencia en común en la cual la actora se había dedicado al cuidado de la familia.

La parte demandada opuso las excepciones procesales de cosa juzgada e inadecuación de procedimiento, y, entrando en la cuestión de fondo, rechazó la existencia de bienes de naturaleza compartida que fuesen susceptibles de división puesto que los únicos bienes que existieron durante la convivencia de los litigantes se consumieron y agotaron en sí mismos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó ambas excepciones procesales –cosa juzgada e inadecua-

ción de procedimiento– habida cuenta que «existe una resolución judicial acordando la disolución pretendida. Pero si no la hubiera, no es el cauce procesal adecuado el juicio declarativo de menor cuantía toda vez que la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales es competencia de los Juzgados de Familia y ha de ser practicada en ejecución de sentencia y si se impugna la partición, se tramitará como incidente por el juicio declarativo que corresponda», por lo que desestimó la demanda.

La Audiencia Provincial, por el contrario, desestimó ambas excepciones procesales y, entrando a conocer el fondo del asunto, siendo aceptada por ambas partes la convivencia *more uxorio*, acogió parcialmente la demanda, puesto que, de la prueba practicada, se deducía la existencia de una motocicleta, dos bicicletas de carrera, un vehículo Renault 11, muebles, enseres y ropas de casa, así como Letras del Tesoro por valor de cuatro millones de pesetas, integradas en la comunidad de bienes, cuya titularidad debía ser atribuida por mitad a ambos litigantes, así como entendió procedente el señalamiento de alimentos a la actora, mientras se liquidase la sociedad de los bienes matrimoniales, por valor de quince mil pesetas mensuales.

El primer motivo del recurso, fue interpuesto a través del ordinal 4.º del artículo 1692 de la LEC, por supuesta infracción del artículo 1252 del Código Civil, por interpretación errónea, al rechazar la Sentencia equivocadamente la excepción de cosa juzgada.

El recurrente argumenta que, con la demanda, se le está impidiendo solicitar la ejecución de la sentencia dictada en el proceso matrimonial previo, ya que podrían obtenerse resultados diferentes. La parte considera que se dan los requisitos para apreciar cosa juzgada material, cuales son identidad de partes y objetos, en contraposición a lo que apreció la sentencia de apelación, debiendo concluirse, a juicio del recurrente, que «lo que se está «fallando» por la Audiencia es sencillamente lo mismo que se falló en el anterior proceso de separación la disolución del régimen económico-matrimonial, siendo evidente que la Sala de Burgos no puede disolver lo ya disuelto siendo ésta la máxima expresión de la

existencia de la cosa juzgada material que se invoca pues su liquidación y avalúo no son sino aspectos consecuentes y accesorios ha (*sic.*) dicho pronunciamiento que debieron ser instados por la actora en ejecución de sentencia del proceso matrimonial y no mediante la promoción de un nuevo pleito absolutamente innecesario».

Procede recordar la doctrina de esta Sala sobre la excepción de «cosa juzgada», sintetizada en la reciente Sentencia de la misma, de 27 de octubre de 2006 (Recurso 561/2000), cuyo tenor es el siguiente: «como dice la sentencia de 15 de julio de 2004, la jurisprudencia sobre cosa juzgada es muy abundante y reiterada; aparte de numerosas sentencias que han sacado puntos específicos y problemáticos, las Sentencias de 10 de junio de 2002 y 31 de diciembre de 2002 resumen las directrices jurisprudenciales en estos términos: “A) La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueron las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal (Sentencias de 11 de marzo de 1985 y 25 de mayo de 1995. B) La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (Sentencia de 3 de mayo de 2000) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (Sentencias de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001). C) La identidad de la causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (Sentencia de 27 de octubre de 2000). D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (Sentencias de 30 de julio de 1996, 3 de mayo de 2000 y 27 de octubre de 2000). E) La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con pretensiones complementarias de otro principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, donde objetiva o causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (Sentencias de 28 de

febrero de 1991 y 30 de julio de 1996), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al artículo 400 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. F) El juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo (Sentencias de 3 de abril de 1990, 31 de marzo de 1992, 25 de mayo de 1995 y 30 de julio de 1996)”. Sobre la base de la doctrina expuesta, es claro que no concurre en el presente caso la excepción procesal alegada, de “cosa juzgada material”, tal como ya se razonó por la Audiencia en su Sentencia, puesto que en el proceso de separación se acordó –por así exigirlo el artículo 95 del Código Civil– la disolución del régimen económico-matrimonial, mientras que en este proceso se dirimen varias y diferentes cuestiones: 1) La declaración de existencia de una convivencia *more uxorio* previa al matrimonio que después celebraron las partes; 2) La declaración de existencia de una comunidad de bienes generada por la propia convivencia prenupcial; 3) La declaración de participación en el 50% de los bienes que formen parte de la citada comunidad de bienes de cada una de las partes; 4) La disolución y liquidación de la comunidad de bienes mediante las operaciones de partición correspondientes, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes, en período de ejecución de sentencia.

En consecuencia, la solicitud de declaración de «disolución» de la sociedad de gananciales, que se hizo en este juicio, no puede considerarse como una pretensión que determine el objeto del proceso, sino un mero presupuesto para la liquidación de bienes comunes, que es lo que constituye la verdadera cuestión controvertida, siendo, por otra parte, la disolución del régimen económico matrimonial una consecuencia *ope legis* de la sentencia de separación como establece el Código Civil (artículo 95).

En suma, aparte de lo peculiar que resulta la invocación de la excepción de cosa juzgada, en vía de recurso, por el propio demandante, falta la necesaria identidad objetiva entre ambos procesos, por lo que el motivo debe ser desestimado.

El segundo motivo de casación, fue interpuesto al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC por infracción por inaplicación de los artículos 1392, 1394, 1396 y 1410 del Código Civil y 1063 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La parte recurrente entiende que la Sentencia de Apelación infringe la normativa contenida en los artículos que cita, porque no se procedió a la previa formación de inventario, aprobación y posterior liquidación de la sociedad de gananciales, sino que, en sentencia, determinó que algunos de los bienes propuestos por la parte actora eran comunes y debían ser atribuidos por mitad a cada una de las

partes, afirmando que «lo que no puede hacerse es que dicho inventario se establezca directamente por el Juzgador sin previa citación a inventario generando a esta parte una clarísima indefensión vedada por el artículo 24 de la Constitución». Continúa su argumentación en la línea de entender que, a la sazón, el inventario elaborado por el Juzgador de instancia no contempla un estado del posible activo y pasivo al momento de la disolución matrimonial sino que lo retrotrae al 27 de mayo de 1991; poniendo como ejemplo el extracto de Caja de Burgos que figura en las actuaciones, en el que figuran movimientos de abono y cargo en distintos momentos temporales.

En primer lugar, de la lectura del motivo, parece inferirse –pese al enunciado de normas citadas de forma genérica («así como los preceptos concordantes a los anteriores y la Jurisprudencia que los interpreta», «y artículos 1063 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil»), práctica rechazada por esta Sala en numerosos recursos de casación (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 y 30 de junio y 5 de julio de 2006 y de 2 de febrero de 2007, entre otras)– la denuncia de una infracción procedimental –la falta de formación de inventario, de forma consensuada primero y, en caso de controversia, contenciosa después– que le ha producido indefensión al recurrente. Con independencia de si es correcta o no la apreciación del recurrente en orden a determinar si es preceptivo o no intentar la formación consensuada del inventario antes de acudir a la vía contenciosa, la parte recurrente obvia cualquier referencia a la indefensión que la denunciada inadecuación del procedimiento le haya podido producir, limitándose a denunciar su concurrencia, sin concreción ulterior. La indefensión real de la parte constituye requisito fundamental para poder estimar el motivo, como ya ha venido manteniendo esta Sala en ocasiones anteriores. Así, en la Sentencia de 8 de noviembre de 2000, se resolvió que «por demás, en este caso, procede el seguimiento de la línea facilitada por la STS de 27 mayo de 1995, la cual, con mención a una problemática de inadecuación del procedimiento, decidió que el mantenimiento del juicio elegido no invalidaba la conducción procesal de la pretensión deducida por la actora, en base, entre otros, a los siguientes factores: a) la relativización creciente que se observa en las directrices jurisprudenciales en torno al valor de esta excepción, si el procedimiento elegido, aunque no sea exactamente el adecuado, cumple su finalidad en relación con la cuestión debatida; b) la flexibilidad de criterio que ha de utilizarse en esta materia, y, que, por ello, debe favorecer interpretaciones que se inclinen en pro de la economía procesal, ante las inevitables dudas que muchas veces suscita entre los profesionales la elección de un determinado procedimiento a causa de las superposiciones his-

tóricas que ofrece nuestra legislación procesal; y c) la consideración formal de que el procedimiento cuestionado contiene las garantías procesales necesarias para el desenvolvimiento de la pretensión, sin que haya lugar a indefensión». En el mismo sentido, esta Sala se ha pronunciado sobre la necesidad de acreditar indefensión cuando se denuncian defectos de procedimiento, en Sentencias de 10 de julio de 2001 (si bien en relación a una incorrecta acumulación de acciones) y de 18 de octubre de 2001, entre las más recientes. La indefensión, por tanto, constituye el presupuesto necesario para la estimación del recurso cuando éste se fundamente en la inadecuación del procedimiento a seguir, siendo exigible a la parte que se considere vulnerada en sus derechos procesales la obligación de justificar y acreditar la concreta indefensión, sin que sea suficiente la mera mención de ésta, donde la alegación de la inadecuación del procedimiento se halla desnuda de toda referencia al eventual perjuicio que con ésta se le haya podido irrogar. A mayor abundamiento, la elección de la vía contenciosa por parte de la demandante, lejos de provocar indefensión al demandado, otorga mayores armas de defensa y más garantías, al favorecerse la contradicción y la igualdad de las partes, por lo que carece de todo apoyo la referencia a la supuesta indefensión que denuncia el recurrente.

En segundo lugar, el motivo aduce una serie de cuestiones relativas a la valoración de la prueba efectuada por el juzgador, en cuanto que considera que «el «inventario» elaborado por el propio Juzgador no contempla el estado del posible activo y pasivo al momento de la disolución matrimonial (concluida en virtud de sentencia de separación de fecha 20 de noviembre de 1995) sino que lo retrotrae al 27 de mayo de 1991 sin que sepamos la existencia actual de tales fondos. A título de ejemplo podemos comprobar cómo en la certificación y extracto remitidos por Caja de Burgos en período probatorio y referente al capital indicado en la sentencia con fecha 21 de mayo de 1992 figura un «abono» por activos financieros de 3.976.299 pesetas. El día 26 de mayo de 1992 figura la anotación de una transferencia de «Dinerburgos» en cuantía de 3.900.000 pesetas, ignorando a partir de ese momento si ese capital ha sido o no «consumido» por el propio matrimonio. Lo que pretende la parte, en definitiva, es, a través de la denuncia de infracción de preceptos sustantivos, realizar una nueva valoración de la prueba, trayendo de nuevo al procedimiento los argumentos que debió esgrimir en la instancia, con apoyo en aquellas pruebas que considerase pertinentes, sin que en ningún caso pueda confundirse el recurso de casación con una tercera instancia revisora. Esas referencias sólo tratan de sustituir el juicio valorativo más imparcial del Juzgador, por el propio del recurrente, con

una nueva valoración de los hechos, de forma contraria a la efectuada en la instancia, con lo que el recurrente pretende someter de nuevo a juicio de esta Sala la prueba practicada, lo cual, como viene siendo sistemáticamente reiterado por la jurisprudencia, es inaceptable en casación, salvo que la valoración de la prueba practicada en la instancia

sea ilógica, arbitraria o errónea (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 21 de septiembre de 2006, 4 de diciembre de 2006, 14 de febrero de 2007, 20 de febrero de 2007, 21 de febrero de 2007 y 27 de febrero de 2007, entre las más recientes). El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

CUESTIONES PROCESALES

Estimación del recurso de revisión al haberse acreditado que la ex esposa conocía perfectamente que el ex esposo, tras la separación, trasladó su residencia a Alemania y, sin embargo, designó para notificaciones el último domicilio que aquél tuvo en España.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Serafin interpuso en fecha 19 de enero de 2005 recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de L' Hospitalet de Llobregat, en fecha 7 de noviembre de 2001, en el procedimiento de Menor Cuantía núm. 313/2000, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando: «... se dicte sentencia dando lugar al mismo, declarado procedente la revisión solicitada y rescindiendo la sentencia impugnada; se expida certificación del fallo y sean devueltos los autos al Tribunal de procedencia, para que las partes usen de su derecho, según les corresponda, en el juicio correspondiente».
- ⦿ Tras la providencia inicial e informe favorable a la admisión del Ministerio Fiscal de fecha 21 de febrero de 2004, se dictó auto de fecha 14 de marzo de 2005 por el que se admitió a trámite y se reclamaron las actuaciones del pleito, emplazándose a los litigantes en el plazo de veinte días para que se personasen con Abogado y Procurador y contestasen a la demanda. Por providencia de 21 de noviembre de 2005 se acordó unir al presente recurso, el registrado con el número 64/2005, por existir duplicidad de actuaciones.
- ⦿ La demandada, doña María Milagros, mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2005, se opuso al recurso de revisión, solicitando a la Sala: «... se estime la oposición, sobreseyendo el trámite, con imposición de costas, declarando firme la sentencia de fecha siete de noviembre de dos mil uno».
- ⦿ El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión y dictó sentencia rescindiendo la sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don Serafín pretende, mediante el recurso de revisión, la anulación de una sentencia firme que, en un proceso seguido en su rebeldía, declaró que la demandante, doña María Milagros, era la única propietaria de una vivienda que, según el Registro de la Propiedad, pertenecía por mitades indivisas a ambos.

La causa invocada de revisión es la cuarta del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto es, haberse dictado la sentencia por virtud de maquinación fraudulenta de la demandante.

Son dos las cuestiones que la pretensión plantea, referidas, una, a la concurrencia del motivo de revisión invocado y, otra, al vencimiento de los plazos, absoluto y relativo, de caducidad que establece el artículo 512 de la misma Ley, en relación con la fecha en que la solicitud de revisión fue presentada.

En la demanda rectora del proceso que terminó con la sentencia de cuya anulación se trata, doña María Milagros pretendió la declaración de que la vivienda conyugal, propiedad de ambos por cuotas indivisas iguales, le pertenecía exclusivamente a ella, por haberlo así pactado con el demandado en un convenio regulador de la disolución del vínculo conyugal que entonces les unía.

En dicha demanda señaló la actora, como último domicilio conocido de don Serafín, el que había sido conyugal (CALLEooo número NÚMooo, ático NÚMoor, de Santa Coloma de Gramanet).

Al no ser localizado en dicho lugar el demandado, el Juzgado de Primera Instancia procedió a emplazarle por medio de edictos, sin resultado positivo, ya que no se personó en el proceso durante toda la tramitación.

Alega don Serafín que doña María Milagros tenía conocimiento, en el momento de interponer aquella demanda, de que estaba domiciliado en Bonn, Alemania, y lo ha demostrado mediante dos cartas que le remitieron, a su domicilio en dicha ciudad, los abogados de quien luego le demandó.

Como recuerda la Sentencia de 19 de mayo de 2003, por maquinación fraudulenta, a los fines del recurso de revisión, se ha de entender todo artificio realizado, personalmente o con auxilio de extraño, por la parte que haya obtenido la sentencia deseada, o por quienes la representen, que implique una conducta o actuación maliciosa llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor, con consciente y voluntario aprovechamiento de actos directos o inmediatos que provocan una grave

situación de irregularidad procesal, con la consiguiente indefensión de la contraparte.

En términos de la Sentencia de 14 de mayo de 2003 una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que se refiere el artículo 510.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es aquella de la que se sirve la parte actora para ocultar al demandado el planteamiento del litigio, con la alegación de que desconoce su domicilio o la indicación de uno inexacto, para interesar su emplazamiento por edictos y conseguir que se sustancie el juicio en rebeldía y no acuda el emplazado a defender sus intereses.

Para que la revisión de la Sentencia firme sea admisible se requiere que la maquinación quede cumplidamente demostrada (Sentencias de 25 de junio de 1992 y 6 de octubre de 1993).

Con los antecedentes relatados se impone dar una respuesta afirmativa a la primera de las cuestiones planteadas con el recurso, ya que se ha demostrado, por medio de los documentos referidos, que doña María Milagros conocía que don Serafín había trasladado su domicilio a la ciudad alemana de Bonn, y que lo ocultó al Juzgado, ante el que el mismo no se pudo defender.

Pone de manifiesto la Sentencia de 18 de febrero de 2004 que corresponde a quien solicita la revisión demostrar que lo hace antes de vencer los plazos establecidos para ello, esto es, los de cinco años y tres meses que señala el artículo 512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cuales son de caducidad (Sentencias de 30 de septiembre 2002, 19 de enero de 2004 y 18 de julio de 2005).

El demandante de revisión alegó que no tuvo conocimiento de la maquinación denunciada hasta que, en otro proceso, iniciado por él contra doña María Milagros, el Juzgado le dio traslado del escrito de contestación de la demanda de la misma, en la que se hacía referencia a la sentencia de cuya revisión se trata.

Pues bien, valorados los medios de prueba conforme a las reglas de la sana crítica, no cabe sino entender demostrado que el día inicial del cómputo de los plazos no pudo ser otro que el señalado por el demandante de revisión. Procede, por ello, dar respuesta negativa a la segunda cuestión planteada, ya que ninguno de los plazos establecidos en el artículo 512 había vencido cuando la demanda de revisión se interpuso.

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Validez del contrato de renta vitalicia concertado entre los padres y un hijo, sin que sea obstáculo para ello que los padres se reservasen el derecho de uso y habitación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Lucio, doña Marcelina y don José Ignacio interpusieron demanda de menor cuantía contra don Juan Ignacio solicitando que se dictase sentencia declarando la nulidad radical de la compraventa otorgada el día 7 de junio de 1984 y en su consecuencia declare que los bienes que componen el caudal relicto de don Ernesto y doña Carla son los indicados en el hecho cuarto de este escrito.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, el demandado compareció y contestó oponiéndose, suplicando se dicte sentencia «desestimando la petición de la parte actora, declarando no haber lugar a lo reclamado por la misma y que por ello sea condenada en costas, imponiéndoselas expresamente».
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tarrasa dictó Sentencia el 4 de noviembre de 1998 estimando la demanda y declarando la nulidad del contrato de renta vitalicia otorgado en escritura de veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, autorizada por el notario Sr. José Bauza Corchs, del Iltre. Colegio de Barcelona, por el que don Ernesto y su esposa doña Carla transmitían la propiedad de la finca inscrita con el número NÚMooo en el Registro de la Propiedad núm. 1 de los de Terrassa, a cambio de una renta vitalicia de veinticinco mil pesetas mensuales y, en consecuencia, que los bienes que forman el haber relicto de la herencia de don Ernesto y doña Carla son: a) inmuebles: fincas registrales números NÚMooo, NÚMoor y NÚMoo2, del Registro de la Propiedad de Terrassa; b) derechos de crédito: por el precio aplazado de la casa núm. NÚMoo3 de la CALLEooo, o del Norte, de esta ciudad, contra don Juan María, y doña Ángela, por importe de dos millones cuatrocientas mil pesetas «o el derecho a la restitución que se derive de una eventual resolución»; c) derechos sobre tres nichos funerarios. Igualmente declaró que don Juan Ignacio ostenta los siguientes derechos de crédito contra la herencia: a) 330.253 pesetas, (trescientas treinta mil, doscientas cincuenta y tres pesetas), en concepto de gastos de sepelio e inhumación de los causantes de la herencia; b) 1.475.000 pesetas, (un millón, cuatrocientas setenta y cinco mil pesetas), en concepto de restitución de lo abonado en virtud de contrato de renta vitalicia respecto al que se ha declarado la nulidad; y todo ello con imposición de las costas de este juicio declarativo de menor cuantía a don Juan Ignacio.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 14.ª de la AP de Barcelona, dictó Sentencia el 29 de mayo de 2000 estimando el recurso interpuesto por don Juan Ignacio y revocando parcialmente la misma y estimándose parcialmente la demanda instada por don Lucio, doña Marcelina y don José Ignacio, no ha lugar a declarar nulo el contrato de renta vitalicia sobre la finca núm. NÚMooo formalizado en escritura pública de 27 de junio de 1984, que es válido y eficaz; y consecuentemente no procede integrar la finca número NÚMooo inscrita en el Registro de la Propiedad de Terrassa núm. 1, al haber del caudal relicto de los causantes don Ernesto y doña Carla; debiéndose mantener como mantenemos los restantes pronunciamientos del fallo en sus términos, salvo la imposición de las costas causadas en ambas instancias, que no procede imponerlas a ninguna de las partes.

⊙ Don Lucio, doña Marcelina y don José Ignacio interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo, con apoyo procesal en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la vulneración de los artículos 1261 y 1253 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita. La parte recurrente considera que existen en autos «indicios o presunciones violentas de simulación», prueba indirecta a su juicio suficiente para acreditar la falta de causa, y por ende, la nulidad radical del contrato por carecer de un requisito esencial.

La parte actora ejercitó una acción declarativa y sostenida de nulidad radical, al amparo del artículo 1300 del Código Civil sosteniendo en el recurso de casación que, si bien no existe prueba directa, ello no es obstáculo para apreciar la nulidad al constar la existencia de indicios de simulación, concretados, en particular, «en la enorme desproporción que existe entre el valor de la renta y el de los bienes cedidos a cambio, y el hecho de que el contrato no se inscribiera en el Registro». Sin embargo, tales argumentos no pueden ser aceptados pues la sentencia recurrida no ha hecho uso de las presunciones para fijar por esta prueba indirecta un hecho, sino que valora el conjunto del material probatorio, cuestiones diferentes que el recurrente confunde, pretendiendo, sin duda, una nueva valoración probatoria, en la que se utilice la técnica de las presunciones, ofreciendo así su propia opinión sobre la consecuencia lógica que cabe extraer del hecho indiciario.

La simple lectura de la sentencia impugnada permite constatar que la Audiencia extrae la conclusión de que el contrato, que califica como de renta vitalicia, existe, es válido y eficaz (fundamento jurídico segundo), «reúne los requisitos extrínsecos o formales» propios de su tipología, y cuenta con una causa verdadera y lícita, después de examinar el conjunto del material probatorio obrante en autos. Particularmente revelador es lo considerado en la sentencia referente a que la causa del contrato para los transmitentes no estuvo constituida únicamente por la pensión vitalicia de 25.000 pesetas mensuales, sino además por el valor de la prestación de alimentos y de los derechos de uso y habitación que se reservaron los cedentes-pensionistas, hasta su fallecimiento, pues esta tesis se concilia con la previsión contenida en el artículo

1274 del Código Civil según el cual, en los contratos onerosos, como sin duda lo es el contrato de renta vitalicia (Sentencia de 11 de julio de 1997, con cita de las de 9 de febrero de 1990, 5 de junio de 1991 y 18 de enero de 1996), la causa se integra por la respectiva prestación de la contraparte, precisando también la Audiencia que la fecha en que se devengó el derecho de los cedentes a tales prestaciones no fue la de la elevación a público del contrato privado en forma verbal –solemnidad no exigible para su validez–, sino que debe fijarse en dos años antes, toda vez que desde ese instante (año 1982) los cedentes expresaron su voluntad de ceder o transmitir la finca, pasando el hijo a ser titular dominical del inmueble al concurrir título (pacto «verbal» traslativo de dominio) y «modo», por la entrega de la posesión de la finca al hijo que venía ocupándola con sus progenitores, sin que sea óbice para apreciar la transmisión del dominio (imprescindible en la renta vitalicia, Sentencia 2 de marzo de 1956) que los padres se reservaran sendos derechos reales limitativos del dominio, añadiéndose, para finalizar, que la edad que tenían los padres (79 y 80 años respectivamente) en el momento en que operó la transmisión, supone tener por acreditado que percibieron la pensión junto al disfrute de los demás derechos durante un período de seis años, tiempo suficiente para valorar la equivalencia de las prestaciones y descartar que en el contrato encubriera un ánimo defraudatorio de los derechos de los herederos forzosos; con mayor motivo atendiendo a otra de las características de la renta vitalicia que es su carácter aleatorio, que hace depender del azar el tiempo en que se va a percibir la contraprestación y, por ende, el importe mismo de ésta (que será mayor cuanto más tiempo vivan los pensionistas).

Todos esos datos integran la base fáctica de la sentencia y no pueden ser discutidos en casación, sin incurrir en el defecto de hacer supuesto de la cuestión, siendo fijados con tal carácter tras la valoración del material probatorio, circunstancia que desde este momento hace inviable citar como infringido en casación el artículo 1253 del Código Civil, referente a la prueba de presunciones, pues es doctrina reiterada (Sentencias de 12 de septiembre, 18 de octubre y 14 de noviembre

de 2006) que sólo puede alegarse la infracción de dicho precepto cuando el tribunal sentenciador haya utilizado dicha prueba para fijar un hecho, y no cuando funda su decisión en la prueba directa aportada, valorada por el tribunal en conjunto y libremente, sin que quepa confundir la prueba de presunciones con las deducciones lógicas del juzgador (Sentencia de 18 de octubre de 2006). Y a mayor abundamiento, incluso si fuera cierta la tesis casacional referente a que la Audiencia hubiera fundado el fallo en la prueba indiciaria, no puede ignorarse que lo que constituye para los recurrentes el hecho base de la presunción, —enorme desproporción entre el valor de la renta y el de los bienes cedidos— no es un hecho probado, pues la sentencia en ningún momento reconoce esa desproporción de prestaciones, siendo doctrina de esta Sala que, de no ser compartido el hecho base o indiciario, es imprescindible que sea combatido en casación por la vía del error de derecho en la apreciación de la prueba con cita de normas de prueba legal o tasada que se estimen vulneradas, lo que tampoco acontece en el caso analizado. Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

En el segundo motivo, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se invoca como infringido el artículo 1277 del Código Civil, junto a la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias mencionadas en el mismo, vulneración que pretende justificarse discutiendo la realidad del pago de la renta vitalicia por parte del cesionario del inmueble, aduciendo que no es útil a tal fin la prueba de presunciones, ni puede probar el pago un documento privado de fecha anterior a la escritura toda vez que el citado artículo 1277 (*sic*) impide que puedan oponerse a terceros los efectos de un documento privado antes de constar en registro público.

Debe comenzarse por significar que la función de la casación es el velar por la aplicación del derecho, revisar el juicio jurídico emitido sobre el fondo del asunto y comprobar que la ley adjetiva o material se ha aplicado correctamente, de lo que deriva que no es una tercera instancia, ni cabe entrar en los hechos, revisar la prueba, o mantener una versión fáctica favorable a sus intereses, ni, en suma, hacer supuesto de la cuestión en el sentido de partir de datos fácticos distintos a los declarados probados en la instancia (por todas, Sentencia de 19 de abril de 2007). El respeto a los hechos probados supone que los mismos deban permanecer incólumes en casación, «salvo que previamente se logre su sustitución por el cauce de error de derecho en la valoración de la prueba, que exige, su planteamiento a través del correspondiente motivo de casación, con la cita, como infringida de la norma que contenga la regla de prueba que se conside-

re vulnerada, y la subsiguiente exposición de la nueva resultancia probatoria según el recurrente» (Sentencia de 8 de marzo de 2007), lo que no se ha hecho en este caso. La Audiencia tiene por cierto el pago de la renta en atención a los recibos aportados (documentos 1 a 51, folios 30 al 49), de manera que, siendo el pago o cumplimiento, causa de extinción de las obligaciones, una cuestión jurídica, pero que descansa en elementos fácticos, en este caso acreditados por prueba directa, documental, que integran la base de hecho de la sentencia, no cabe cuestionar en casación la consecuencia jurídica alcanzada por el tribunal sin combatir previamente, por la única vía adecuada, la base fáctica que la sustenta, ni cuestionar toda la resultancia probatoria, por medio de ofrecer a la Sala lo que no es más que una conclusión fáctica alternativa a la expuesta en la sentencia impugnada. En consecuencia, el motivo se rechaza.

El tercer motivo, con apoyo procesal en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la vulneración del artículo 619 Código Civil, al entender que el pago por parte del demandado, además de la renta, de una pensión alimenticia, conlleva que el contrato debiera haberse calificado como donación remuneratoria en vez de renta vitalicia, sin que haya mediado la aceptación de la donación por el beneficiario. Por tanto, lo que cuestiona el recurrente es la calificación del contrato, ofreciendo otra alternativa, si bien lo hace sin razonar la infracción en que ha incurrido el tribunal sentenciador al calificar el contrato como de renta vitalicia, ni citar la norma interpretativa que ha sido vulnerada, partiendo además de hechos distintos de los considerados probados, por lo que procede su desestimación ya que la calificación de los contratos es función que corresponde a los tribunales de instancia, señalando la reciente Sentencia de 2 de marzo de 2007, reproduciendo la anterior de 15 de diciembre de 2005 que hay doctrina jurisprudencial constante, como la reflejada en la Sentencia de 14 de mayo de 2001, que dice «los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (Sentencias de 26 de enero de 1994; 24 de febrero y 13 de noviembre de 1995; 18 de febrero, 18 de abril y 21 de mayo de 1997 y 7 de julio de 2000, entre otras), pues, para la calificación, que constituye una labor insertada en la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren (entre otras Sentencias, las de 20 de febrero, 4 de julio y 30 de septiembre de 1991; 10 de abril, 20 y 23 de julio de 1992; 26 de enero y 25 de febrero de 1994 y 9 de abril de 1997), con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido

gramatical de las palabras (Sentencia de 22 de abril de 1995), al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato (Sentencia de 4 de julio de 1998). Todo ello debe entenderse además sin olvidar que la calificación contractual constituye una función atribuida fundamentalmente al juzgador de instancia la cual debe prevalecer en casación a menos que sea ilegal, o incida en error patente, arbitrariedad, o irrazonabilidad por no ajustarse a las reglas de la lógica que no son otras que las del buen sentido (Sentencias, entre otras, de 10 de mayo y 7 de noviembre de 1995; 9 y 18 de abril de 1997; 11 y 24 de julio, 28 septiembre y 14 de diciembre de 1998; 14 y 25 de octubre, 26 de noviembre y 14 de diciembre de 1999, y 5 y 20 de julio de 2000); en parecidos términos la sentencia de 23 de junio de 2003». Por ello el motivo debe ser también desestimado.

El cuarto y último motivo casacional, al amparo del mismo ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 523 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita con el argumento de que los derechos de uso y habitación que se reservaron los padres son derechos reales limitativos del dominio, incompatibles con la renta vitalicia. Previamente debe quedar claro que no es cierto que el tribunal los considere simples derechos personales y no reales (el fundamento jurídico tercero recalca que el contrato conlleva para el demandado el pago de una pen-

sión vitalicia de 25.000 pesetas mensuales, la prestación de alimentos de conformidad con artículo 142 del Código Civil y la reserva de los derechos de uso y habitación a favor de los transmitentes, empleando para referirse a ellos el *nomen iuris* con que se identifica comúnmente a tales derechos de naturaleza real). Pues bien, siendo indudablemente *iura in re aliena*, que gravan la propiedad en cuanto menoscaban su contenido, impidiendo al propietario el ejercicio de facultades dominicales que de ordinario le corresponden (uso y disfrute, limitado a las necesidades del usuario y habitacionista), ello no supone que el dominio no exista o se extinga al constituirse aquéllos, pues precisamente son derechos *in re aliena* porque presuponen la titularidad dominical a favor de persona distinta, sin que existan como derechos independientes sin la existencia misma del dominio del que traen causa las facultades que forman su contenido, con lo que el adquirente, como verdadero y único dueño, titular de un poder jurídico sobre la cosa, de entidad cualitativa y cuantitativamente superior, conserva el control de las demás facultades dominicales, exclusión hecha de las que integran aquellos derechos reales, todo lo cual es perfectamente compatible con el requisito de que la renta vitalicia imponga la necesaria transmisión del dominio del bien al obligado a pagar la pensión. En consecuencia, este motivo también se desestima.

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Rescisión de compraventa de una parte de un inmueble efectuada entre padre e hijo. Insolvencia posterior del hijo para hacer frente a las deudas contraídas como fiador de la empresa de la que era socio y que se encuentra en suspensión de pagos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ La entidad Banco Central Hispanoamericano interpuso demanda de menor cuantía contra don Rosendo y don Eduardo, hijo y padre respectivamente, solicitando que se dictase sentencia en la que «1) Declare la rescisión del contrato de compraventa celebrado en fraude acreedores en virtud del artículo 1291.3 entre los codemandados de fecha 28 de julio de 1994 autorizado por el notario de Barcelona Antonio Roldán Rodríguez, 2) Condene a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, 3) Condene a los demandados a la restitución del objeto del mencionado contrato y en caso de no poder hacerlo, les condene solidariamente a indemnizarle en la cantidad que resulte del

período de prueba como valor de los bienes enajenados y subsidiariamente la cantidad de 4.700.000 pesetas. 4) Se ordene la cancelación del asiento o inscripción que en el Registro de la Propiedad haya causado la expresada escritura pública y en concreto la inscripción de dominio a favor de Eduardo. 5) Condene a los codemandados al pago de las costas del juicio».

⦿ Admitida a trámite la demanda, en fecha 14 de noviembre de 1997 la representación procesal de don Rosendo y don Eduardo contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dictase sentencia por la cual se desestimase la demanda formulada en su contra.

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona dictó Sentencia el 2 de junio de 1998 desestimando íntegramente la demanda. El Juzgado desestimó la demanda íntegramente al considerar que, atendiendo a la doctrina relativa a los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción pauliana, no concurría el requisito del *consilium fraudis*, es decir la intención, ánimo de perjudicar o conciencia de perjuicio, por cuanto en el momento de producirse la transmisión patrimonial cuya rescisión se pide, el demandado, Sr. Rosendo, tenía otros bienes con los que hacer frente a la deuda, resultante de los créditos que tenía contraídos con la demandante, por lo que no podía entenderse que se situara en posición de insolvencia, con la intención de eludir el pago de sus obligaciones, ni consta acreditado que el precio de la venta de la finca constituyese un indicio de que ésta se realizó de modo fraudulento.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 14.^a de la AP de Barcelona, dictó Sentencia el 22 de febrero de 2000 estimando el recurso interpuesto por la actora y estimando igualmente la demanda declarando rescindido el contrato de compraventa celebrado el día 28 de julio de 1994 entre los demandados, cuyo objeto era del 35% parte indivisa de las fincas registrales NÚM000 y NÚM001 del Registro de la Propiedad de Mataró, condenado a don Eduardo a que restituya el bien inmueble al Sr. Rosendo ordenándose la cancelación del asiento o inscripción que haya causado la escritura citada. Si no pudiese hacerse efectiva la restitución el Sr. Eduardo indemnizará a la parte actora con la suma de 15 millones de pesetas. Se condena a los demandados al pago de las costas de la primera instancia. No se imponen las costas del recurso de apelación. La Audiencia consideró probado que concurrían todos los requisitos para el ejercicio de la acción rescisoria, a saber: realidad del crédito; el carácter cuasigratuito de la enajenación, al constar únicamente probado el pago de 1.200.000 pesetas, en concepto de precio; la insolvencia del deudor, al no haber probado éste lo contrario; y el *consilium fraudis*, al haberse acreditado que ambos codemandados conocían el estado de la crisis que desembocó en la suspensión de pagos de P. SA, al ser accionistas mayoritarios de ésta. Por ello, entendió que la acción era plenamente legítima y procedente al ser la única vía posible para que el banco actor pudiese hacer efectivo su crédito.

⦿ Don Rosendo y don Eduardo interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La entidad bancaria planteó la impugnación del negocio jurídico de compraventa del 35% de una finca, concertado entre los codemandados, don Rosendo y don Eduardo, hijo y padre respectivamente, en fraude de acreedores, ejercitando la acción pauliana, dado que la entidad bancaria

demandante era acreedora del demandado, Sr. Rosendo, como consecuencia de varias pólizas de crédito otorgadas a favor de P. SA, de las cuales aquél era fiador solidario; que no existían bienes del demandado con los que satisfacer la deuda; que la compraventa antes referida encubría una causa

gratuita y que se realizó en fraude de acreedores, por lo que solicitaba que se declarase la rescisión del contrato, se condenase a la restitución del objeto del contrato o, subsidiariamente, a indemnizar a la actora en el valor de los bienes enajenados, y se ordenase la cancelación del asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Los demandados, por su parte, se opusieron, solicitando que se desestimase la demanda contra ellos deducida, puesto que la compraventa se produjo con anterioridad a la suscripción de una de las pólizas de crédito reclamadas, que en las fechas en las que se concertó el negocio jurídico, cuya nulidad se pretende, el patrimonio del demandado era superior a los 331.000.000 pesetas, y el valor de la compraventa suponía, por tanto, el 1,42% de su activo, por lo que resultaba injustificada la reclamación; que la finalidad de todos los negocios jurídicos celebrados por el Sr. Rosendo tuvieron como fin atender a las obligaciones con los acreedores, con créditos garantizados con hipotecas –hipotecas, por otra parte, conocidas por la actora–; y que el negocio era perfectamente válido por cuanto reunía todos los requisitos esenciales del contrato.

Alegan los recurrentes que no se dan los requisitos para la estimación de la acción pauliana porque no se produce «la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor en el momento de llevar a cabo la transmisión, de manera que los bienes que mantenga el mismo, sean suficientes para cubrir las deudas preexistentes», y que el negocio jurídico no se celebró en fraude de acreedores, por lo que entiende que se infringe lo dispuesto en el artículo 1111 y 1291.3.º del Código Civil. Por otra parte, alega que se ha producido una vulneración de lo dispuesto en el artículo 1297 del mismo cuerpo legislativo, en tanto que la sentencia recurrida efectúa una «apreciación subjetiva», cuando considera que tan sólo se ha acreditado el pago de 1.200.000 pesetas, ya que el resto, cantidades entregadas en efectivo, no coinciden con el momento de la escritura.

Como señala la sentencia de esta Sala, de fecha 17 de julio de 2006, «La jurisprudencia ha determinado que los requisitos para la viabilidad de la acción revocatoria o pauliana son: “La existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor” (Sentencia de 10 abril 1995; véanse, además las de 16 de enero de 2001, 27 de junio de 2002, 13 de mayo de 2004, entre muchas otras)». Por tanto, atendiendo a que en el caso que nos

ocupa no se discute la existencia de una deuda a favor del banco actor, que ha devenido impagada, ni la inexistencia de bienes suficientes del demandado para hacer frente a la deuda en el momento de su reclamación, ni la realización de un acto en virtud del cual sale un bien del patrimonio del que lo enajena –estas cuestiones no son discutidas ni planteadas en casación por el recurrente–, el objeto del recurso se reduce a si es necesario que la situación de insolvencia sea coetánea a la transmisión patrimonial impugnada y a la existencia o no de ánimo de defraudar.

La misma Sentencia de 17 de julio de 2006, a la que se hacía referencia, establece que, «Respecto de la existencia del crédito, esta Sala ha repetido en diversas resoluciones, entre ellas, la de 5 de mayo de 1997, y reiterada en las Sentencias de 11 de octubre y 28 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2005, que este requisito “ha de entenderse en términos generales, y se hace preciso que se estudie cada caso en sus particularidades, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta bien manifiesta, como en el supuesto de venir demandada por la próxima y segura existencia posterior del crédito a lo que cabe añadir cuando ocurre que se tiene pleno conocimiento de la existencia de débitos tributarios” o como afirma la Sentencia de 28 de diciembre de 2001, que cabe aplicar «la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia”, en una línea muy semejante a la solución contenida en el artículo 610.b) del Código Civil portugués y al Codice civile italiano, que en su artículo 2901, admite la acción revocatoria para la rescisión de actos posteriores al nacimiento del crédito, siempre que se conozca el perjuicio que dicho acto ocasionará al acreedor (asimismo, Sentencias de 27 de noviembre de 2002, 26 de julio y 11 de diciembre de 2003, entre otras)». Lo antedicho es perfectamente aplicable al caso concreto, donde la existencia de bienes en el patrimonio del deudor en el momento de producirse la transmisión patrimonial, cuya rescisión se pretende –que no ha sido cuestionada por la parte actora, ni en la sentencia recurrida– no es indicio de la ausencia de intención de defraudar, puesto que, de ser tenida por suficiente tal afirmación, se estaría desvirtuando la doctrina consolidada sobre el ejercicio de la acción pauliana, la cual exige que el deudor provoque una minoración de su patrimonio, con ánimo de sustraerse a la reclamación anterior, coetánea o posterior del acreedor por una deuda preexistente, sin que sea presupuesto de tal condición el hecho de que, en el momento de la transmisión, no existan otros bienes con los que hacer frente a la deuda. Antes bien, como significa la Sentencia de 17 de

julio de 2006 trascrita, es concebible la rescisión del negocio jurídico fraudulento cuando éste se hace en previsión de lo que va a suceder en el futuro, aun cuando en el momento de su celebración no exista una efectiva situación de insolvencia del deudor. En vista de lo anterior, la sentencia impugnada no contraviene doctrina jurisprudencial alguna, ni infringe la normativa alegada sino que, por el contrario, acoge la jurisprudencia de esta Sala en relación con los requisitos que han de concurrir para la estimación de la acción pauliana ejercitada, puesto que funda su decisión en el hecho de que la transmisión se realizó entre quienes, por su condición de accionistas mayoritarios de la compañía P. SA, podían conocer la verdadera situación de la empresa, declarada en suspensión de pagos el 9 de enero de 2005, esto es, cinco meses después de la transmisión patrimonial impugnada.

Cuando el recurrente alega que, en el momento de producirse la enajenación del 35% del local, objeto del negocio jurídico rescindido, esto es, el 28 de julio de 1994, el patrimonio del deudor superaba los 326.970.000 pesetas, emplea términos confusos, puesto que, ha sido declarado probado –y aceptado por la parte recurrente– que lo que superaba la referida cantidad no era el patrimonio, sino el activo patrimonial del deudor, ya que el patrimonio, constituido por bienes, derechos y obligaciones, estaba integrado por dicho activo, pero también por un pasivo, integrado por las deudas contraídas en virtud de pólizas de crédito con la actora, (de 80.000.000 pesetas, inicialmente, y de 8.000.000 pesetas, más, después de la compraventa), por sendas deudas hipotecarias sobre la sede social de la empresa (enajenada el 14 de noviembre de 1994 por 50.000.000 pesetas para la cancelación de una hipoteca de 37.000.000 pesetas), y sobre una vivienda unifamiliar valorada en 185.000.000 pesetas (adjudicada a la entidad beneficiada por la garantía hipotecaria el 25 de enero de 1995 por valor de 172.641.413 pesetas), por tanto, las deudas que tenía contraídas el deudor en el momento de la enajenación que se pretende rescindir minoraban en gran medida el activo patrimonial del deudor. Por tanto, no es erróneo concluir que la enajenación del único activo patrimonial que éste poseía, sin carga alguna hipotecaria, con carácter previo a la declaración de insolvencia fuese con ánimo de preservar parte del patrimonio en perjuicio del banco acreedor, aquí demandante. De

hecho, como mantiene la sentencia de segunda instancia, no se ha acreditado que en el momento de producirse el sobreseimiento de los pagos el demandado tuviese patrimonio con el que hacer frente a la deuda contraída con la entidad actora.

Por otra parte, no puede acogerse el planteamiento del actor en relación a la infracción del artículo 1297 del Código Civil supuestamente cometido por la sentencia impugnada, toda vez que, al socaire de la denuncia de un precepto infringido, el Sr. Rosendo pretende una revisión de la prueba, aduciendo que la sentencia recurrida incurre en error en la apreciación de la misma, cuando deduce que la transmisión referida «se realizó con carácter cuasi gratuito por cuanto sólo consta un pago de 1.200.000 pesetas y que el resto de cantidades se hizo en tiempo que no coincide con el momento de la escritura» ya que, según mantiene el recurrente, «el hecho de que dichos pagos no coincidan con la forma de pago que consta en la escritura de compraventa, no puede llevar a admitir que la transmisión fue gratuita. (...) como máximo, el tribunal *a quo* podría afirmar que no se ha acreditado el pago de la totalidad del precio». A continuación vuelve a enumerar las razones por las que debe ser entendido que el pago del precio se produjo en su integridad, lo cual constituye una nueva valoración de la prueba, de forma contraria a la realizada por la sentencia impugnada. Lo mismo ha de decirse del motivo segundo, donde, sobre la base de una supuesta infracción de la jurisprudencia relativa a la acción rescisoria, vuelve a valorar los hechos, haciéndolos diverger con los requisitos que dicha jurisprudencia establece para apreciar la estimación de la rescisión del contrato realizado en fraude de acreedores, pero de forma artificiosa en beneficio de sus intereses, en contra de los acertados argumentos jurídicos de la resolución recurrida. El recurrente, en definitiva, olvida que la valoración de la prueba es de la soberanía del Tribunal de instancia y queda al margen del recurso de casación (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006, de 5 de octubre de 2006, de 10 de octubre de 2006, de 24 de octubre de 2006, de 21 de noviembre de 2006, y de 1 de diciembre de 2006, entre las más recientes).

En consecuencia, ambos motivos deben ser rechazados.

SUCESIONES

No procede incluir en el caudal hereditario una cantidad por la utilización que una hija de uno de los herederos hizo durante años de la vivienda propiedad del difunto.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Hugo interpuso contra su hermano don Julián demanda de juicio de menor cuantía en la que solicitaba que se dictase sentencia por la cual: «a) Se acuerde dejar sin efecto el Cuaderno Particional de la herencia de Imanol, con las operaciones divisorias que el mismo contiene, formulado por el contador partidor dirimente en los autos de juicio de testamentaría referidos al principio de este escrito y de los que la presente demanda trae causa. b) Se declare que los bienes que han de integrar la herencia del causante Imanol son los siguientes: 1. El piso de Madrid, por su valor de tasación, según informe del arquitecto don Isidro, aceptado por los herederos, de 18.000.000 de pesetas, según consta en los autos de testamentaría de referencia; 2. El mobiliario y enseres existentes en dicha vivienda, según el inventario practicado a presencia judicial, en el proceso de testamentaría del que esta demanda trae causa, por el valor que se determine por común acuerdo de las partes o según tasación pericial; 3. Las rentas atribuidas a dicho piso, amueblado, según la tasación del arquitecto Isidro, en cuantía de 175.000 pesetas/mes, desde la fecha del fallecimiento del causante, 20 de octubre de 1988, hasta la fecha del Cuaderno Particional impugnado, mayo de 1996; sin perjuicio y además de las producidas desde dicha fecha y hasta la actualidad, o hasta el momento en que el heredero Julián cese en el uso y disfrute de la vivienda; 4. El saldo metálico existente en Caja de Madrid, oficina 1119 de esta capital, cuenta NÚM003, a nombre del causante, en cuantía de 571.471 pesetas, con más de todos los intereses devengados por dicha cuenta con posterioridad a dicha fecha; c) Se declare igualmente que la mitad de las expresadas rentas atribuidas a la vivienda de referencia, con menos los gastos que con relación a las mismas se acrediten, son debidas por el heredero Julián, debiendo por tanto computarse dichas rentas en el haber de este último y restarse del haber del primero, al llevarse a cabo la división y adjudicación de los bienes de la referenciada herencia, por cuanto se entiende que el heredero Julián ha percibido ya tales rentas, al haber disfrutado y usado de la referenciada vivienda de forma exclusiva y excluyente, desde la fecha del fallecimiento del causante; d) Y en consecuencia se declare: por vía de partición y adjudicación de bienes a los herederos, y ante la indivisibilidad de la vivienda que forma parte de la herencia del referenciado causante, que procede adjudicar dicha vivienda, con el mobiliario existente en la misma, al heredero Hugo, en calidad de abonar al otro heredero la diferencia que resulte a su favor, por cuanto dicho heredero Ernesto, le corresponde recibir, además de la mitad del valor de dicha vivienda y del valor del mobiliario y enseres existentes en la misma, la mitad del valor de las rentas antes referidas, cuyo importe se ha de restar del haber del otro heredero; o, subsidiariamente, acordar la venta en pública subasta de la expresada vivienda y mobiliario, para con su producto pagar a los herederos su haber hereditario, en base a los anteriores pronunciamientos; e) Finalmente se condene a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos al heredero que se oponga a la justa pretensión deducida en la demanda, con las costas de este juicio».

⦿ Admitida a trámite la demanda, en fecha 14 de marzo de 1997 la representación procesal de don Julián contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dictase sentencia por la cual se desestimase la demanda formulada en su contra así como implícita demanda reconvenzional en la cual solicitaba que «con carácter subsidiario y para el improbable caso de que se estimara que han de incluirse en el cuaderno particional, como caudal relicto, algún tipo de renta atribuible al piso objeto de esta litis, hemos de solicitar lo siguiente: 1. Que no se atribuya renta alguna al no haber estado alquilado a persona alguna el piso. 2. Que de estimar deba ser atribuida alguna renta se tenga en cuenta el carácter de vivienda de protección oficial, por lo que el cálculo a estimar como máximo sería el establecido en el apartado ascendente a la suma de 2.092.840 pesetas. 3. En cualquier caso habrá de incluirse la suma de 5.708.640 pesetas abonadas, por todos los conceptos, por el demandado don Julián. 4. Se declara la existencia de un saldo a favor de don Julián de 1.807.900 pesetas».

⦿ En fecha 24 de abril de 1997, la parte actora-reconvenida, contestó a la reconvenición, solicitando la desestimación de la demanda reconvenzional contra ella dirigida.

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid dictó Sentencia con fecha 10 de septiembre de 1997 estimando parcialmente la demanda y la reconvenición y declarando: «A) Que los bienes dejados al fallecimiento de don Imanol son los siguientes: 1. Vivienda sita en Madrid, CALLEooo núm. NÚMooo piso NÚMoor núm. NÚMoo2, inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 18 de Madrid, finca núm. NÚMoo4, tomo NÚMoo5, libro NÚMoo6 de la sección primera. 2. Enseres y muebles reseñados en el acta 12 de abril de 1996, y cuaderno particional del contador partididor dirimente, en los autos de juicio de testamentaría. 3. Saldo en Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en fecha 20 de octubre de 1988, en la cantidad de 571.471 pesetas. B) La división y partición de los referidos bienes por partes iguales entre los herederos don Hugo y don Julián. C) La facultad de cualquiera de los herederos de adjudicarse el bien inmueble y enseres y muebles existentes en el mismo, por el valor de tasación en la cantidad de 20.000.000 pesetas, abonando al otro heredero la cantidad de 10.000.000 pesetas. D) De no ejercitarse esta facultad, procederá la venta de la vivienda en pública subasta, conforme al valor de tasación que se determine en ejecución de sentencia. Procediéndose igualmente en ejecución de sentencia a la valoración de los muebles y enseres de la vivienda, formándose dos lotes de igual valor. E) En todo caso don Julián deberá abonar a don Hugo, la mitad del saldo existente en la cuenta bancaria a la fecha del fallecimiento. F) Condenando a las partes a estar y pasar por estas declaraciones, absolviéndoles del resto de las pretensiones del suplico de la demanda principal, y reconvenición implícita formulada de contrario. Y todo ello sin hacer declaración sobre costas causadas en esta instancia».

⦿ En grado de apelación, la Sec. 10.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 29 de mayo de 2000 desestimando el recurso interpuesto por don Hugo.

⦿ Don Hugo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El litigio del que trae causa el presente recurso de casación fue promovido por don Hugo contra su hermano, don Julián, tras un previo juicio voluntario de testamentaría, en el que se dedujo oposición, con el objeto de dividir la herencia del fallecido don Imanol, hermano de los dos anteriores, al cual

sucedieron ambos como herederos universales. La reclamación se basa en que debieron incluirse en el haber hereditario las rentas de la vivienda objeto de la herencia, como si hubiera sido alquilada a un tercero, en lugar de ocupada por la hija del demandado; los saldos de cuentas corrientes

existentes en la fecha de fallecimiento del causante; y los enseres y mobiliario de la vivienda según tasación, no conforme a la valoración de la parte. En la demanda se insta la atribución de la mitad de la finca urbana propiedad del finado; la mitad del mobiliario y enseres de la vivienda según valoración adoptada de común acuerdo por las partes o según tasación pericial; la mitad de las rentas atribuidas al piso; y la mitad del saldo metálico existente en Caja Madrid en la cuenta NÚM003 de la oficina 1119. La parte demandada se opuso a lo solicitado de contrario, manifestando que la vivienda objeto de la herencia no había devengado renta alguna por no haber sido alquilada y que, caso de estimarse la atribución, había de tenerse en cuenta que estaríamos ante una vivienda de protección oficial y que el valor de mercado de las rentas de alquiler sería inferior al manifestado por el demandante; que el mobiliario y enseres no tenían valor alguno, y que el demandante sólo quería confundir; y se manifestó conforme en cuanto a la atribución de la mitad del piso y de la mitad del saldo de la cuenta corriente. Finalizaba el escrito de contestación deduciendo una reconvencción implícita, por la que reclamaba que se imputasen en el caudal relicto los 5.708.640 pesetas abonados por el demandado a cuenta de mantenimiento y acondicionamiento del piso, declarándose un saldo a favor del reconviniente de 1.807.900 pesetas. El reconvenido se opuso a lo solicitado de contrario.

El Juzgado de Primera Instancia, circunscribiendo el objeto de la litis únicamente a la controversia suscitada entre las partes sobre la inclusión o no en el inventario de los frutos y rentas del inmueble con deducción o no de los gastos efectuados por el reconviniente y valoración de los enseres y mobiliario de la vivienda, resolvió en el sentido de incluir en el valor de la vivienda el de sus muebles, estableciéndose un valor final de 20.000.000 de pesetas que debían corresponder por mitad a cada uno de los herederos; inclusión del saldo de la cuenta corriente al momento del fallecimiento del causante de 571.471 pesetas, y desestimación de la inclusión de rentas y frutos de la vivienda, así como de la inclusión de los gastos sufragados por el reconviniente.

La Audiencia Provincial, ante el recurso de apelación planteado por la actora, confirmó la sentencia de primera instancia, entendiendo que la vivienda no fue alquilada en ningún momento y que, por tanto, no devengó frutos ni rentas, no procediendo condenar por aquellos frutos y rentas que pudieron percibirse sino por los que efectivamente se percibieron.

Denunciando la infracción de los artículos 433, 435, 451, 455 y 1063 del Código Civil pretende el recurrente la casación de la sentencia sobre la base

de la inexistencia de buena fe en la persona de doña María del Pilar –hija del demandado y ahora recurrente, por sucesión procesal en el presente recurso– cuando ocupó la vivienda, integrante de la herencia cuya división se impugna, lo cual permite reclamar, a su juicio, las rentas y frutos del inmueble.

La parte centra su argumentación fundamentalmente en el hecho de que la hija del demandado –la ahora recurrida– no era poseedora de buena fe, cuando estuvo residiendo en el inmueble objeto del caudal relicto, a consecuencia de la compraventa del mismo que su padre demandado realizó utilizando un poder otorgado por su hermano antes de fallecer; compraventa que ha sido anulada en procedimiento declarativo anterior. Esta circunstancia le lleva a afirmar que no le es de aplicación el artículo 433 del Código Civil, en relación con el artículo 1063 del mismo cuerpo normativo. Lo cierto es que, si bien la sentencia de primera instancia hace referencia textualmente a que, «a su vez por cuanto que el uso y disfrute por un tercero, supuesto de doña María del Pilar, de buena fe, en base a la compraventa hasta que fue declarada nula e inexistente, o por un coheredero, no dará lugar, a los efectos del artículo 1063 Código Civil, a incluir frutos y rentas en el haber hereditario», y la sentencia de segunda instancia hace suyos los argumentos de la sentencia de primera instancia, en aquélla, el juzgador empleó el argumento de la buena fe de modo tangencial, a mayor abundamiento, pero razonando la decisión en la inexistencia de frutos o rentas, como lo corrobora el que la sentencia, ahora impugnada, ni siquiera hace referencia a la buena o mala fe de la posesión, sino que excluye toda pretensión de obtener el abono de las rentas y frutos solicitados sobre el único argumento de que «si bien el ahora apelante incide nuevamente en que no pudo usar la referida vivienda en base a la atribución de uso ya apuntada en el párrafo anterior, lo cierto es que dicha situación, ante la cual el ordenamiento jurídico le concede el ejercicio de acciones para poner fin a la misma (incluso con posterioridad a declararse la nulidad de la compraventa ya indicada) no puede amparar, como se pretende, el reclamo para el haber hereditario de los frutos y rentas que hubiesen podido percibirse». La decisión de la Sala de Apelación –coincidente con la de la primera instancia– es conforme a la Sentencia de esta Sala de fecha 30 de septiembre de 1994, la cual, en un supuesto de exigencia de frutos cuando fue poseído un determinado inmueble por los demandados consideró: «sin que en forma alguna deba extenderse la devolución de tales frutos y rentas a los podidos percibir, por no hallarse incluidos en el artículo últimamente mencionado y ser principio general de Derecho, el que dice que: *Ubi lex voluit*

dixit, ubi noluit tenuit, tanto más cuanto que, en este caso, las demandadas poseyeron esos bienes de buena fe»; declarado por la sentencia de instancia que no se ha acreditado la existencia de las rentas ni la producción de frutos de los bienes, a que se contrae la tan repetida cifra, sin que esa declaración fáctica haya sido combatida en el recurso ha sido correctamente aplicado, se repite, el citado art.1063 que impone al coheredero la obligación de aportar al caudal hereditario los frutos y rentas percibidos, obligación que no se extiende a los *percipiendi*. En el presente supuesto no se ha acreditado que la poseedora percibiese renta alguna o frutos derivados de la posesión —sea por el título que sea— del bien objeto del caudal relicto, por lo que, independientemente de la buena o mala fe —cuya apreciación corresponde a los tribunales de instancia y está al margen del recurso de casación al tratarse de una cuestión probatoria, únicamente revisable cuando concurre arbitrariedad, error o falta de lógica (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006, 5 de marzo de 2007 y 27 de marzo de 2007, entre otras muchas), lo cual no se ha puesto de manifiesto por el recurrente— no puede exigirse que se aporte al caudal relicto el importe de las rentas o frutos que se podrían haber percibido pero que no lo han sido, puesto que dichos «futuribles», «posibles» o «hipotéticos» frutos quedan al margen de lo dispuesto en el artículo 1063 del Código Civil.

Ha de apuntarse, además, que la parte recurrente centra gran parte de su argumentación en volver a traer al procedimiento las consideraciones que llevaron al juzgador del anterior proceso declarativo de nulidad de la compraventa a estimar la demanda, volviendo a valorar las actitudes del demandado, la existencia de un procedimiento penal que fue archivado y muchas otras alegaciones que no son admisibles en casación, puesto que, además de tratarse de cuestiones que ya han sido resueltas, suponen una nueva valoración de la prueba y una petición de principio, donde se pretende que, acogiendo los argumentos del recurrente, se acepte sin reservas su tesis por esta Sala, lo cual no es procedente, como se ha dicho, al no encontrarnos ante una tercera instancia revisora.

Finalmente, no cabe hacer pronunciamiento alguno en relación con la solicitud de exclusión de los gastos necesarios abonados por los poseedores del inmueble, objeto de la litis, ni en relación con la declaración de procedencia del cómputo como frutos y rentas de los intereses, al tipo de interés legal, devengados por el saldo de la cuenta corriente, puesto que dichos extremos ya han sido debidamente decididos en la instancia, sin que sea dable volver a valorar la prueba practicada por esta Sala, como ya se ha dicho.

Ambos motivos, por tanto, deben ser desestimados.

SUCESIONES

Nulidad de las escrituras de compraventa efectuadas entre la abuela y unos nietos al haberse efectuado en fraude de los derechos legitimarios, sin que pueda considerarse que se trata de donaciones encubiertas.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Eva falleció el 5 de abril de 1998; en su testamento había nombrado herederas a sus hijas doña Alejandra y doña Eva. La causante había vendido bienes inmuebles por medio de dos contratos: el celebrado el 13 de diciembre de 1989 con su nieto Juan Pedro y su esposa y el celebrado el 30 agosto 1996 con doña Lorenza, esposa de otro nieto de la vendedora.
- ⊙ Doña Alejandra interpuso demanda de menor cuantía contra don Juan Pedro, doña Silvia y doña Lorenza solicitando que se dictase sentencia por la que se declaren nulos de pleno derecho por ser totalmente simulados y hechos con el propósito de defraudar los derechos hereditarios de la demandante, los contratos de compraventa por los cuales la fallecida doña Eva simula vender a sus nietos, los esposos don Juan Pedro y doña Silvia la propiedad de unas fincas y se declaren también nulos

de pleno derecho por idéntico motivo, los contratos de compraventa celebrados por la fallecida con su otra nieta doña Lorenza respecto a otras fincas, decretando asimismo la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Avilés, en virtud de las referidas escrituras de compraventa, con imposición de costas por su evidente mala fe».

⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de don Juan Pedro, y su esposa doña Silvia, como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dicte en su día sentencia por la que desestime íntegramente la demanda en virtud de las alegaciones que anteceden, con expresa imposición de costas a la actora».

⊙ La representación de doña Lorenza alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... dicte en su día Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda en virtud de las alegaciones que anteceden, con expresa imposición de costas a la actora».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Avilés dictó Sentencia el 23 de abril de 1999 estimando íntegramente la demanda. Consideró el Juzgado que a pesar de la falta de prueba, debía resolverse en favor de la existencia de la nulidad por indicios, entre los que se encontraba: a) la falta de prueba del estado de necesidad de la vendedora; b) que los inmuebles en cuestión se habían vendido a parientes cercanos; c) el precio vil que figura como entregado y no pagado efectivamente; d) no constaba la realidad de las obras, por lo que no se había acreditado que se hubieran realizado actos de dominio.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Asturias dictó Sentencia el 4 de mayo de 2000 estimando el recurso interpuesto por los demandados y desestimando íntegramente la demanda. La Audiencia revocó la apelada porque aun coincidiendo con la sentencia revocada en la escasez de los datos probatorios, analizándolos, llegaba a conclusiones distintas, aunque entendió que había simulación relativa, que se trataba de donaciones encubiertas, sin perjuicio de la inoficiosidad.

⊙ Doña Alejandra interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso, sobre la base del artículo 1692.4 LEC denuncia la infracción de los artículos 1275 y 1276 CC. La recurrente insiste en la falta de causa de las ventas efectuadas por la causante en beneficio de algunos parientes y en perjuicio de sus derechos legítimos. Estima que el hecho de que la causante se hubiera desprendido de los inmuebles de su haber patrimonial en beneficio de su nieto demandado y de la esposa de otro de ellos, implicaba el propósito de defraudar la legítima, por lo que la donación era nula al carecer de precio las ventas, que es un elemento sustancial en el negocio jurídico de compraventa. Además, entiende en su recurso que la sentencia recurrida siguió un «camino no razonable y contrario a las reglas de la sana crítica», aunque constató que

las ventas «encubrían sendas donaciones dada la ausencia de prueba del pago del precio, que como tal reúne los requisitos de forma exigidos por el artículo 633». Entiende finalmente la recurrente que la sentencia recurrida, al no apreciar la ilicitud de la causa negocial en los contratos de compraventa, ha infringido por inaplicación los artículos 1275 y 1276 CC y la doctrina de esta Sala que declara la ilicitud de los contratos otorgados con la única finalidad de defraudar los derechos legítimos de los demás herederos forzosos.

El problema de las acciones de los legítimos frente a los actos de su causante que lesionan o defraudan los derechos que se les reconocen legalmente ha sido resuelto de forma relativamente

unánime por esta Sala, sobre todo a partir de sentencias antiguas, como las de 12 noviembre 1920, 19 mayo 1932 y sobre todo, la de 12 abril 1944. No sin discusión, la jurisprudencia ha reconocido legitimación al hijo, cuya legítima ha sido defraudada por actos simulados de su causante, para reclamar la nulidad de estos actos de disposición efectuados en perjuicio de su legítima.

Esta Sala ha sentado la doctrina según la cual cuando el causante quiere favorecer a alguien con una donación en perjuicio de sus legitimarios, encubriendo bajo la apariencia de un contrato oneroso o disimulado una donación, ésta no puede tener eficacia por fundarse en una causa ilícita conforme establece el artículo 1275 del Código Civil. Ejemplo de ello se encuentra en la sentencia de 28 febrero 1953 que afirma que «el contrato de compraventa careció de existencia real y no significó más que una estratagema usada por el comprador o por ambos contratantes para eludir los derechos legitimarios que pudieron corresponder a la madre de la causante en la finca vendida, por lo que tampoco como donación en su caso podría tener eficacia, por fundarse en una causa ilícita conforme al artículo 1275 del Código Civil, por lo cual tal contrato titulado de compraventa resulta ineficaz para reivindicar el dominio de la finca vendida» (ver asimismo Sentencias de 11 diciembre 1957 y 20 octubre 1961). Esta doctrina se ha reiterado y así la Sentencia de 20 diciembre 1985 dice que «reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, de la que es muestra la Sentencia de 20 octubre 1961, y las citadas por la misma, ha establecido la doctrina de que cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa». Esta doctrina se confirma en las Sentencias de 30 de junio de 1995, 4 de mayo de 1998, 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002 y 29 de julio de 2005, si bien esta última de forma indirecta al confirmar la sentencia de la Audiencia, que había declarado la nulidad.

Deben distinguirse, además, las donaciones que lesionan la legítima que pueden ser declaradas inoficiosas y aquellas que pueden ser declaradas nulas por tener causa ilícita. Las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios pueden ser declaradas nulas por infringir el artículo 1275 del Código Civil si tienen causa ilícita, cosa distinta de aquellas que lesionen la legítima, que se regirán por lo dispuesto en los artículos 636 y 654 del Código Civil.

En el presente supuesto la Audiencia llega a la conclusión que se llevaron a cabo donaciones encubiertas que lesionarían la legítima y que podrían

resultar inoficiosas. La propia sentencia lo deduce de las circunstancias del caso y del hecho de que las donaciones disimuladas no sean nulas por aplicación del artículo 633 del Código Civil. Sin embargo, añade que ello resulta «sin perjuicio de la inoficiosidad de las referidas donaciones por aplicación del artículo 636, que parece inferirse que es lo realmente pretendido por la actora aunque no sea correctamente planteado». Este argumento no puede compartirse por las siguientes razones:

1.^a La sentencia recurrida declarada probado que las compraventas efectuadas por la causante, madre de la recurrente y sus nietos encubrían donaciones disimuladas.

2.^a La petición efectuada en la demanda fue que se declarase la nulidad de las donaciones por defraudar los derechos legitimarios de la actora. En el presente recurso se insiste en la violación de los artículos 1275 y 1276 del Código Civil, porque la causa que subyace en los contratos impugnados fue defraudar los derechos legitimarios de la ahora recurrente.

3.^a Por tanto, la Sala sentenciadora al no tener en cuenta los indicios que concurren en el presente recurso relacionados con la intención defraudatoria de la causante y vendedora, que pretendió perjudicar los derechos de la hija legítima con las ventas simuladas que efectuó a favor de sus nietos y de la esposa de uno de ellos, no aplicó correctamente el artículo 1275 del Código Civil, en el sentido interpretado por esta Sala cuando se refiere a las donaciones en fraude de legitimarios. Porque, como ya se ha señalado, la jurisprudencia ha considerado que las donaciones que han buscado la lesión de estos derechos atribuidos por la ley a determinadas personas en la sucesión de su causante tienen causa ilícita.

4.^a Por tanto, declarada la simulación del contrato de compraventa por esconder auténticas donaciones, debe examinarse si la causa de éstas era o no lícita y todos los indicios llevan a la conclusión de que se efectuaron para defraudar los derechos de la legítima, por lo que deben declararse nulas las donaciones disimuladas.

5.^a La sentencia recurrida utiliza un argumento adicional, según el cual la donación efectuada es válida a pesar de que lo documentado en la escritura pública fue una compraventa, que la propia Sala sentenciadora considera simulada, por haberse realizado una donación. La Sentencia de esta Sala de 11 de enero de 2007, confirmada por la de 26 de febrero del mismo año, sienta la doctrina de que «la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría». De este modo, el argumento utilizado por la Sala sentenciadora

a favor de la validez de la donación encubierta desaparece, por lo que, también por esta vía, las donaciones efectuadas por la causante deberían ser consideradas nulas por defecto de forma, aunque

esta razón no puede ser utilizada para la resolución de este recurso por no haberse planteado en los motivos ni haber sido objeto de estudio y discusión en el pleito.

SUCESIONES

Procedencia de la colación de las donaciones efectuadas en vida por los padres aunque éstas puedan imputarse a las legítimas de los donatarios y el exceso se incluya dentro del tercio de libre disposición.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Alberto contrajo matrimonio con doña Elsa, del que tuvieron tres hijos: Carlos Daniel, Juan Antonio y Elisa.
- ⊙ Don Carlos Daniel contrajo matrimonio con doña Irene, del cual tuvieron cinco hijos: María Luisa, Mariano, Ana, José Luis y Fátima.
- ⊙ Don Carlos Daniel premurió a sus padres, que lo fueron con posterioridad sin haber otorgado testamento y sin bienes, pues en vida habían hecho donación de los mismos a sus hijos.
- ⊙ Doña Irene y sus hijos Mariano, María Luisa y don José Luis, demandaron por las normas del juicio declarativo de menor cuantía a doña Elisa y don Juan Antonio, solicitando: A) Se les declarase junto a sus hermanos herederos ab intestato de don Alberto y doña Elsa, con derecho a un tercio de sus herencias. B) Que se declarase la inoficiosidad de las donaciones realizadas en vida por estos últimos en favor de sus hijos doña Elisa y don Juan Antonio. C) Que se procediese a la partición de la herencia de don Alberto y doña Soledad conforme a las normas reguladoras de las legítimas, bajo apercibimiento de realizarlo el Juzgado en su nombre en ejecución de sentencia y por los trámites prevenidos para la testamentaria. C) Que en caso de que aparezcan nuevos bienes relictos se unan a la masa hereditaria posteriormente para ser partidos entre los herederos. D) Que los demandantes gozan, en virtud del artículo 1021 CC del beneficio de inventario.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Benidorm dictó Sentencia el 26 de junio de 1988 estimando parcialmente la demanda y declarando: a) Que habiendo fallecido don Alberto y doña Elsa, intestados, deberán sucederles sus dos hijos don Juan Antonio y doña Elisa por derecho propio y don Mariano, doña María Luisa, don José Luis, doña Ana y doña Fátima, por derecho de representación. No sucederá por derecho de representación (ni por derecho propio) doña Irene, por no ser descendiente de los causantes. b) Que las donaciones a don Juan Antonio y doña Elisa, de las fincas NÚMooo, NÚMoor y NÚMoo2, perjudican la legítima de los otros descendientes, por lo que al no existir otros bienes hereditarios (considerando las tres viviendas que fueron donadas a cada uno de los hijos) deben ser declaradas inoficiosas y nulas. Oficiase una vez firme el presente mandamiento al Registro de la Propiedad de Callosa de Ensarriá a los efectos oportunos. c) Que se realice la partición de los bienes (fincas NÚMooo, NÚMoor y NÚMoo2), teniendo en cuenta el criterio establecido en el antepenúltimo párrafo del fundamento jurídico sexto de esta sentencia. d) Que la herencia se

entiende aceptada (por los hijos de don Carlos Daniel), a beneficio de inventario, y que por tanto sólo responderán de las cargas de la herencia con los bienes que les sean entregados.

- ⦿ En grado de apelación la Sec. 6.^a de la AP de Alicante dictó Sentencia el 31 de mayo de 2000 estimando el recurso interpuesto por doña Elisa y don Juan Antonio dejando sin efecto los pronunciamientos contenidos en los apartados A) y C) del fallo de la sentencia apelada confirmando el resto de sus pronunciamientos. Se basó la sentencia en que no constaban más bienes hereditarios que los donados, por lo que había de practicarse una computación de las donaciones hechas por el matrimonio a sus tres hijos, para determinar la legítima de los mismos y decidir si son o no inoficiosas. Todas estas operaciones condujeron a la Audiencia a estimar que las donaciones no eran inoficiosas; que excedían de lo debido por legítima, y cabían perfectamente en el tercio de bienes disponible, y ello en nada afectaría a la legítima de don Carlos Daniel, a quienes representan en la sucesión los actores.
- ⦿ Doña Irene, don Mariano, doña María Luisa y don José Luis interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó estimar la pretensión de la demanda de que se efectúe la partición hereditaria, y básicamente las operaciones de colación de las donaciones recibidas por los herederos ab intestato de los causantes.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso se fundamenta en que la sentencia recurrida habría de haber dispuesto la realización de las operaciones particionales, que fue objeto de unas peticiones de la «Súplica» de la demanda, mandando traer a la masa hereditaria, tal y como se indica, el exceso (de las donaciones sobre su cuota hereditaria), y todo ello en virtud y forma dispuesta en el artículo 1035 y siguientes: «Siendo todos los interesados en la partición promovida herederos forzosos y preexistiendo donaciones —lo que constituyen los requisitos de la colación—, habrán de traerse a ésta, no las cosas donadas sino su valor (en el momento de efectuarse el avalúo de los bienes hereditarios), siendo del cargo del donatario el aumento o la pérdida o deterioro de la cosa, y ello al tenor de lo dispuesto en el artículo 1045 del CC, para formar, de manera ideal, la masa partible, percibiendo cada uno de ella su cuota, imputando, primero, el valor de lo donado en la cuenta del colacionante y, segundo, compensando a los demás en la forma determinada en el artículo 1047 y ss. del CC».

El motivo se estima porque la sentencia recurrida se ha limitado al examen de la inoficiosidad alegada en la demanda de las donaciones hechas en vida por el causante, estimando que no lo son,

puesto que el exceso sobre la cuota legitimaria de los donatarios cabía perfectamente en el tercio de libre disposición.

Los recurrentes no han formulado ningún motivo casacional contra las operaciones efectuadas a aquel fin ni contra las valoraciones de los bienes que le han servido de base. Ahora bien, son hechos probados que los causantes hicieron sendas donaciones a sus tres hijos, y que a su herencia concurren los mismos como herederos ab intestato, si bien el hijo premuerto (don Carlos Daniel) a través de sus hijos por representación. No hay, por ello, ninguna duda de que la sentencia no debió terminar con el rechazo de la demanda porque las donaciones no eran inoficiosas y el exceso cabía en la parte disposición, sino proseguir con la resolución de la siguiente pretensión de la demanda, y ordenar por tanto la colación de todas las donaciones, o, por lo menos, dado que ha quedado inmutable en casación la particular forma de computación e imputación de lo donado a la cuota legitimaria de los donatarios, la de todos los excesos sobre ella, con el fin de que el derecho al tercio de libre disposición que tienen los herederos por igual en la herencia del causante tenga efectividad.

SUCESIONES

La herencia comprende todos los derechos del causante en el momento de su fallecimiento. Se incluye el derecho a percibir una indemnización por extinción de arrendamiento en virtud de expropiación ya iniciada.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El padre de doña Remedios, doña Marta y don Cornelio era titular de un arrendamiento sobre el local sito en la CALLEooo, NÚMooo, de Granollers, explotando un negocio familiar.
- ⊙ En 1990 se inicia expediente expropiatorio de la finca, falleciendo el padre en 1993 y acordando los litigantes que el negocio continuara siendo explotado por el demandado (hermano de las actoras) asumiendo plenamente su responsabilidad y más concretamente en su estipulación III disponen que autorizan a su hermano a notificar el acuerdo a los pertinentes organismo y en especial «... a los efectos de la subrogación arrendaticia *mortis causa* frente a la propiedad del inmueble».
- ⊙ En 7 de junio de 1993, la madre de los litigantes, sin conocimiento de las actoras, según reconoce en la declaración testifical, realiza la correspondiente acta de declaración de herederos de las dos actoras y el demandado, sus tres hijos, y como usufructuaria la viuda doña Celestina.
- ⊙ Tras diversas vicisitudes en el expediente cuya tramitación fue seguida por don Cornelio, sin que conste fuera puesta en conocimiento de las actoras, se fija en 1998 el justiprecio que queda determinado en 21.000.000 de pesetas que son entregadas al demandado y que en el presente litigio reclaman las demandantes.
- ⊙ Doña Remedios y doña Marta interpusieron demanda de menor cuantía contra don Cornelio solicitando que se dictase sentencia condenado al demandado a reintegrar a la masa hereditaria de don Fermín la cantidad de 21.000.000 de pesetas, importe de la indemnización que su señor padre debió recibir del Ayuntamiento de Granollers, más los intereses legales y costas que se originen a las que debe ser condenado.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Cornelio contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, en definitiva, se «... dicte sentencia por la que, estimando la excepción de caducidad de la acción, se desestime la demanda, sin entrar a conocer del fondo del asunto, con expresa imposición de costas a la parte actora; o en su caso, de no considerar la existencia de la caducidad, dicte sentencia por la que se desestime por completo la demanda, absolviendo libremente a mi representado, con imposición a las demandantes de todas las costas causadas...»
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Badalona dictó Sentencia el 27 octubre 1999 estimando íntegramente la demanda y condenando al demandado a reintegrar a la masa hereditaria de su padre, don Fermín, la suma de 21.000.000 de pesetas percibidas en concepto de indemnización por la expropiación de los derechos de arrendamiento del negocio situado en los bajos de la finca situada en los bajos de la CALLEooo número NÚMooo de Granollers, más los intereses devengados por la

precitada cantidad desde el dictado de la presente resolución, e imponiendo asimismo al demandado el abono de las costas procesales que se hubieren causado.

- ◉ En grado de apelación, la Sec. 17.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por el demandado.
- ◉ Don Cornelio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso, amparado en el ordinal cuarto del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia aplicación indebida de los artículos 1112, 659 y 661 del Código Civil, en relación con los artículos 139.1 y 2 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, los artículos 4 y 7 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y artículo 7 de su Reglamento.

Sostiene la parte recurrente que el derecho a percibir el justiprecio derivado de la expropiación corresponde a quien figura como arrendatario del local expropiado en el momento en que la Administración procede a su efectiva ocupación, sin que tal derecho deba referirse al momento en que se inició el expediente expropiatorio, por lo que en el caso tal derecho corresponde en exclusiva al demandado don Cornelio sin que pueda incluirse en la herencia de su padre, que era el titular del arrendamiento al iniciarse la expropiación. De ahí que considere infringidos los artículos 659 y 661 del Código Civil en relación con determinadas normas de carácter administrativo (Ley del Suelo y legislación sobre expropiación forzosa), sin llegar a aclarar el alcance que atribuye a la invocación como infringido del artículo 1112 del Código Civil que versa sobre la transmisibilidad de los derechos adquiridos en virtud de una obligación.

Ahora bien, con independencia de que las normas administrativas atribuyan legitimación para actuar en el expediente expropiatorio a quien en cada momento figure como arrendatario del bien expropiado (artículo 7 de la Ley de Expropiación Forzosa y el correlativo de su Reglamento) ello no incide en los derechos de carácter civil que hubieran podido generarse a efectos de la percepción de la indemnización que como justiprecio se fije finalmente a cargo de la Administración expropiante. El artículo 657 del Código Civil dispone que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte; el 659 establece que la herencia comprende todos los

bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte y el 661 que los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. En consecuencia la cuestión litigiosa se concreta en la determinación de si, acordada la expropiación por el Ayuntamiento de Granollers en su reunión plenaria de 12 de diciembre de 1990 y entendiéndose inicialmente el proceso expropiatorio con el causante don Fermín, éste se constituyó en titular de los derechos que como tal arrendatario derivaran para él de la expropiación y, en consecuencia, tales derechos se transmitieron a sus herederos desde la fecha de su fallecimiento que tuvo lugar el día 5 de abril de 1993; cuestión que ha de ser resuelta en sentido afirmativo pues desde el momento en que se acordó la expropiación nació para el arrendatario *ex lege* el derecho a percibir una indemnización por la extinción del arriendo que la misma comportaba y tal derecho ha de ser calificado como de los comprendidos en el artículo 659 del Código Civil, sin perjuicio de que la indemnización correspondiente aún no hubiera sido cuantificada. En consecuencia, el motivo ha de ser rechazado.

El segundo motivo del recurso, también amparado en el núm. 4.^º del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, se formula al considerar infringido, por interpretación errónea, el artículo 60.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (texto de 1964) en relación con el artículo 7 del Reglamento de Expropiación Forzosa.

Para la desestimación de tal motivo se ha de reiterar lo dicho con anterioridad en el sentido de la necesaria distinción entre la sucesión en la relación arrendaticia así como en la legitimación para seguir el expediente expropiatorio, por un lado, y lo que constituyen derechos del causante, que son adquiridos por sus herederos por razón del fallecimiento (artículo 661 del Código Civil). En el momento de la muerte del arrendatario don Fermín, éste era ya titular del derecho a obtener una indemnización por razón de la expropiación acordada y como tal derecho pasaba a sus herederos, pues el mismo

había nacido como consecuencia de la confluencia de dos circunstancias: la condición de arrendatario y el hecho de la privación de sus derechos por la expropiación. El hecho de que la subrogación en los derechos y obligaciones propios de la relación arrendaticia se estableciera a favor del demandado al acceder a ello las actoras mediante la suscripción del documento de fecha 18 de mayo de 1993 no significa que éstas se vieran privadas del derecho hereditario que ya habían adquirido simplemente por razón de la muerte del causante. Al disponer el artículo 60.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 diciembre, que «por el hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio ocurrida vigente el contrato, aunque sea por prórroga legal, el heredero sustituirá en todos sus derechos y obligaciones al arrendatario fallecido» se está refiriendo exclusivamente a la relación arrendador-arrendatario en orden a la continuación del contrato, sin que en nada pueda afectar a los derechos que reclaman las demandantes; mientras que el artículo 7 del Reglamento de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, que igualmente se alega como infringido, únicamente se refiere a la subrogación del adquirente del derecho en el expediente expropiatorio y no en los derechos civiles derivados del mismo cuya regulación, por lo demás, no le corresponde. En consecuencia, también ha de ser rechazado el segundo de los motivos del recurso.

El tercer motivo denuncia la infracción de lo dispuesto por el artículo 1281.1 del Código Civil en relación con el artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (texto de 1964) y la jurisprudencia. Se afirma en el desarrollo del motivo que la Audiencia ha efectuado una interpretación equivocada del pacto escrito celebrado entre las partes en fecha 18 de mayo de 1993, en virtud del cual las actoras accedían a que el negocio de sistemas de seguridad «Portaforta» de Granollers pasara a favor del hermano varón, el demandado don Cornelio, que ya venía prestando su colaboración en el negocio del padre, el cual quedaba expresamente autorizado a notificar el acuerdo a los organismos correspondientes y, en especial, «a los efectos de la subrogación arrendataria *mortis causa* frente a la propiedad del inmueble». Pues bien, la interpretación literal que preconiza la parte recurrente y que, como preferente, se establece en el apartado 1 del artículo 1281 del Código Civil («si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas») ha sido correctamente aplicada por la Audiencia recurrida; pues ni de la literalidad ni, mucho menos aun, de la intención común de los intervinientes en el pacto puede

deducirse que el mismo se extendiera a transmitir al beneficiario no sólo la facultad de continuar con la relación arrendaticia al amparo del artículo 60.1 de la LAU 1964, sino también la de ostentar en exclusiva los derechos hereditarios derivados del hecho de la expropiación. Por ello no han sido infringidos los artículos que se citan del Código Civil y tampoco la doctrina jurisprudencial que sienta como preferente el criterio de interpretación literal de los contratos, de la que sólo se cita la Sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 1972. En consecuencia, también ha de ser desestimado el anterior motivo.

El cuarto y último motivo viene a denunciar la infracción, por indebida aplicación, del artículo 7 del Código Civil, en relación con la teoría o principio de los actos propios, ya que «la sentencia de apelación considera que la autorización de las hermanas a don Sergi a fin de que continúe con la explotación, sin contraprestación alguna, no ha de interpretarse como un acto propio que contravenga su actual reclamación», y añade la parte recurrente que «la manifestación de voluntad llevada a cabo por la titulares de un derecho de subrogación en arrendamiento, por *mortis causa*, a favor de otro de los herederos, con dejación del derecho de forma personal, clara, terminante e inequívoca y sin ningún tipo de condicionante, impide la reclamación efectuada en la vía civil, cuando se ha producido la renuncia a hacerse cargo del negocio, con sus cargas incluidas, y sin embargo posteriormente, seis años después, pretenden obtener un beneficio del mismo». En realidad se refiere la denuncia, más que a una indebida aplicación de lo establecido en el artículo 7 del Código Civil, a una falta de aplicación del mismo en relación con la conducta de las actoras. Las sentencias de esta Sala de 21 de abril de 2006 y 29 de enero de 2007, entre las más recientes, señalan como requisitos necesarios para la aplicación de la teoría sobre los actos propios los siguientes: a) Que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) Que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) Que el acto sea concluyente e indubitado, por ser «expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto» (Sentencias de 21 de febrero de 1997; 16 febrero 1998; 9 mayo 2000; 21 mayo 2001; 22 octubre 2002 y 13 marzo 2003, entre muchas otras). Significa, en definitiva, según las indicadas sentencias, que «quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era

ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real». No es ésa la situación creada por las actoras mediante la suscripción del repetido documento de 18 de mayo de 1993, que se limitaba, como ya se dijo, a concretar en el demandado la facultad subrogatoria que a los herederos reconocía el artículo 60.1 de la LAU 1964 respecto del arrendamiento y en cuanto a la relación puramente civil existente entre arrendador y arrendatario, sin renuncia alguna a los derechos hereditarios que

a las demandantes correspondían en la sucesión del padre –titular del arrendamiento al tiempo en que se acordó la expropiación– pues la única liberalidad que allí se consignaba era la referida a los derechos arrendaticios y, en ningún caso, a los sucesorios; cuando, además, la sentencia dictada por la Audiencia pone de manifiesto que no consta que la existencia del expediente de expropiación fuera conocido por las actoras. Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

No concurren los presupuestos legales, ni procesales, en relación a la posibilidad de aplicar la normativa española para declarar el divorcio, respecto de los ciudadanos de nacionalidad rumana, no obstante la residencia en España, por cuanto que, ciertamente, no se cumple con los requisitos prevenidos en el artículo 107 del Código Civil y el artículo 9 del citado texto legal por cuanto que, como bien se señala en la resolución apelada, no ha existido procedimiento de común acuerdo.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 2 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, solicita la declaración del divorcio entre los cónyuges, así como de todo los pronunciamientos inherentes a tal declaración, señalando que es de aplicación el artículo 107 del Código Civil, y el artículo 9 de dicho texto legal, teniendo en cuenta que la actora, hoy recurrente, así como el demandado residen en España, advirtiendo que no ha habido oposición a la solicitud de divorcio, siendo de aplicación la normativa del texto legal antes citado, en orden a la declaración del divorcio.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, solicita la confirmación de la sentencia, en lo que se refiere a la medida relativa a la pensión de alimentos, sin mención alguna al pronunciamiento relativo al divorcio.

En modo alguno se puede acoger la pretensión planteada por la parte recurrente, por cuanto que no concurren los presupuestos legales, ni procesales, en relación a la posibilidad de aplicar la normativa española para declarar el divorcio, respecto de los ciudadanos de nacionalidad rumana, no obstante la residencia en España, por cuanto que, ciertamente, no se cumplen con los requisitos

prevenidos en el artículo 107 del Código Civil, y el artículo 9 del citado texto legal por cuanto que, como bien se señala en la resolución apelada, no ha existido procedimiento de común acuerdo, sino, antes bien, proceso contencioso, sin que pueda decirse que, por tanto, en esta vía procesal haya habido mutuo acuerdo, ni sobre la declaración principal, de disolución del vínculo, ni sobre las medidas a adoptar.

En este sentido, es inviable la pretensión sobre la declaración de divorcio en base a la normativa española, por cuanto que es de aplicación la legislación rumana, y al margen de las posibilidades que ofrece la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a la colaboración en orden a la prueba del derecho extranjero, siempre que sea invocado por las partes, es lo cierto que la solicitud de divorcio viene basada en la legislación española, de manera que, a falta de procedimiento de común acuerdo, pues nunca se transformó el procedimiento contencioso en ninguna fase del proceso en un procedimiento de mutuo acuerdo, la sentencia apelada es ajustada a derecho, siendo válida la referencia legal recogida en tal resolución. Todo lo anterior determina la desestimación del recurso, en lo que se refiere a la confirmación del pronunciamiento por el que se deniega la declaración de divorcio.

PATRIA POTESTAD

Se acuerda la privación de la patria potestad ya que el padre no tiene relación o contacto con el menor prácticamente desde la ruptura en febrero de 2000 de la unión extramatrimonial mantenida con la madre, desinterés y abandono que implican un manifiesto y palmario incumplimiento prolongado, habitual y grave del conjunto de deberes y obligaciones familiares que la paternidad responsable impone, y que justifica la privación de la patria potestad, por drástica y contundente que resulte tal medida, lo que facilitará la adopción del menor por el compañero de la madre.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

En el supuesto de autos, la escasa pero suficiente actividad probatoria desarrollada, unida a la imposibilidad de localizar al demandado rebelde, Sr. Eloy, que se encuentra en paradero desconocido —en segunda instancia se ha intentado su localización en el domicilio en Ronda facilitado por la comunicación de la Tesorería General de la Seguridad Social—, acredita que el padre no se interesa por su hijo Carlos José, nacido el 1 de noviembre de 1998, ni tiene relación o contacto con el mismo prácticamente desde la ruptura en febrero de 2000 de la unión extramatrimonial mantenida con la madre, desinterés y abandono que implican un manifiesto y palmario incumplimiento prolongado, habitual y grave del conjunto de deberes y obligaciones familiares que la paternidad

responsable impone, y que justifica la privación de la patria potestad, por drástica y contundente que resulte tal medida, lo que facilitará la adopción del menor por el compañero de la madre.

Como consecuencia de lo expresado, el recurso de apelación ha de ser estimado, lo que conlleva la revocación de la sentencia combatida y la privación de la patria potestad al progenitor demandado respecto de su hijo menor Carlos José, por causa de incumplimiento grave y permanente de los deberes inherentes a la misma, sin que, pese a ello, proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en ambas instancias, pues, por falta de localización del demandado, su citación se ha debido practicar en forma edictal.

PATRIA POTESTAD

No debió ser admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juez de Primera Instancia resolviendo una controversia en el ejercicio de la patria potestad, ya que en el artículo 156 del CC no se prevé dicho recurso.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 28 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

Por Auto de este Tribunal, de fecha 24 de enero de 2007, dictado en rollo de apelación interpuesto contra Auto de 17 de marzo de 2006 del Juzgado de Primera Instancia 5 de Sabadell, recaído en materia de discrepancia sobre el ejercicio de la patria potestad, se determinó en su parte dispositiva, entrando en la cuestión de fondo no obstante

tratarse de materia que por definición legal carece de recurso, que el menor podría realizar actividades deportivas, en los períodos de tiempo que le corresponde la custodia del mismo, siempre que: a) no impliquen cambio de colegio si éste no está consensuado con el padre del niño; b) que no altere el ritmo normal de la escolaridad reglada, ni de las

relaciones propias de la edad del menor con compañeros, amigos y familia externa; c) no comprometa los espacios provistos para que el niño se comunique o visite al padre.

El citado Auto de esta Sección de la Audiencia Provincial, ya ha resuelto la controversia sobre las actividades extradeportivas del menor, siendo improcedente la pretensión de parte, formulada antes del conocimiento de tal resolución, y referida a la autorización del cambio de horarios de las prácticas deportivas de patinaje artístico y de hielo, por cambios de domicilio de Sabadell a Barcelona, con inobservancia de las prescripciones del artículo 139.4 del Código de Familia de Cataluña.

En su consecuencia procede confirmar el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de

Sabadell, denegatorio del cambio de horario solicitado, debiendo estarse al contenido de la parte dispositiva del Auto de esta Sección de 24 de enero de 2007. Indicándose que no debió ser admitido a trámite el recurso de apelación, en base al párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil, que impide el acceso a cualquier medio impugnatorio a las cuestiones sobre discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, sin que pueda objetarse la falta de pronunciamiento al respecto del artículo 139 del Código de Familia de Cataluña, pues tratándose de aspecto procesal, de carácter imperativo por afectar al orden público, han de observarse en materia adjetiva las prescripciones del Derecho Común, que impide el acceso al recurso de apelación las materias sobre discrepancia en el ejercicio de la patria potestad.

PATRIA POTESTAD

Privación de la patria potestad tras dictarse sentencia condenando al padre por un delito de maltrato.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 3 DE JULIO 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 anule el pronunciamiento de privación del ejercicio de la patria potestad y alega que los hechos en los que se aprecia episodios de violencia y refiere que el padre se encuentra en prisión donde cumple pena de 6 años y destaca que el apelante puede incluso desde su situación de internamiento y concluye que el recurrente está capacitado para ocuparse del ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad.

Por su parte doña Maite pide se confirme la sentencia y alega que las menores están siendo tratadas por psiquiatras y psicólogos.

Se resuelve en la primera instancia declarar la privación de la patria potestad del demandado sobre sus hijas en tanto cese la situación de peligro apreciada con consecuente suspensión del régimen de visitas.

En el presente procedimiento concerniente a la relación paterno-filial del padre con las hijas de 12 y 9 años de edad en el momento de la tramitación de la causa.

Establece el artículo 154 del CC, que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, debiendo ejercer siempre la patria potestad en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprendiendo los deberes y facultades que allí se establecen, debiendo entre otras obligaciones velar por los hijos, alimentarlos, educarlos, y procurarles una formación integral, señalando el número 2.ª que también han de representarlos y administrar sus bienes.

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto al sostenimiento y educación que pesan sobre dichos padres; es un reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerles en sus intereses pecuniarios mientras son incapaces; institución establecida en beneficios de los hijos (SS de 29 de septiembre de 1960 y 30 de abril de 1991, entre otras muchas).

Con tales pautas normativas y jurisprudenciales a la luz de la prueba practicada en la primera ins-

tancia este Tribunal no puede sino concluir en la corrección de lo resuelto en la sentencia apelada.

En efecto, indica la Sra. perito psicólogo que informó en la primera instancia y compareció al acto de la vista oral, que las niñas tienen un rechazo hacia el padre, que tienen una interpretación negativa de las visitas en el punto de encuentro, interpretando los hechos como un distanciamiento afectivo, que refieren experiencias negativas del padre, precisando las fechas de las entrevistas con el padre.

Como conclusión final en aquel dictamen obrante al folio 164 y ss. de los autos se determina que se considera que las sentencias penales vigentes y la situación presente del progenitor que se encuentra actualmente en prisión, le imposibilitan para el ejercicio efectivo de las medidas civiles que se dirimen en el presente procedimiento.

El procedimiento penal al que se alude en aquel informe concluye con una sentencia condenatoria del ahora recurrente por delitos de maltrato en el ámbito familiar del artículo 153 del CC, de lesiones, de amenazas, otro de lesiones y una falta de daños, imponiendo al acusado la pena de dos años de prisión por el primero, por cada uno de los delitos de lesiones un año y 6 meses, por el delito de amenazas un año y 6 meses de prisión y por la falta de daños 15 días de multa, imponiendo además al acusado la prohibición de acercarse a Maite a su domicilio, lugar de trabajo a una distancia no

inferior a 500 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio, así como respecto a sus hijas Sandra y Andrea, por un período de cinco años.

Esta sentencia, manteniendo el relato de hechos probados a los que se refiere la sentencia apelada, y que contiene episodios de violencia respecto de las menores como los que se relatan en relación a lo ocurrido el día 16 de septiembre de 2003, fue parcialmente revocada por la Ilma. Audiencia Provincial en el sentido de absolver al acusado de uno de los delitos de lesiones por los que había resultado condenado y se le condena en su lugar como autor de un delito de amenazas a la pena de un año y 6 meses de prisión.

Aquella sentencia penal concluye el relato de hechos probados declarando que tanto las niñas como Maite se encuentran en la actualidad bajo tratamiento psicológico como consecuencia de los hechos anteriormente relatados.

Tales antecedentes en su conjunta valoración reflejan un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, tal y como se regulan en el artículo 154 del CC, por lo que la prudente y razonada medida acordada por el Juzgador de la Primera instancia, a la vista de las circunstancias existentes en el momento actual, determinan la desestimación del recurso planteado y la confirmación de la sentencia recurrida, por ser conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso.

PATRIA POTESTAD

La convivencia entre los litigantes se interrumpe a los tres meses del nacimiento de la menor. A partir de ese momento el padre biológico se ha desentendido por completo de la hija, evidenciando un total y absoluto desinterés tanto en el trato afectivo y personal, no manteniendo contacto alguno con ella, ni en régimen de visitas ni mediante comunicación telefónica, como en cuantos aspectos se relacionen con la manutención o educación. En esta situación procede la privación de la patria potestad.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

La parte actora, cuyas pretensiones se han visto íntegramente desestimadas en la sentencia de instancia, insiste en la procedencia de que se prive de la patria potestad a don Víctor Manuel, respecto de la hija menor María Esther.

La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que tiene el progenitor biológico respecto de los hijos menores de edad y que según el artículo

154 del Código Civil, se concreta, entre otras, en las obligaciones de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; así como la de representarlos y administrar sus bienes.

En el ámbito del derecho de familia esos deberes se conciben como un conjunto de medidas tendentes a conseguir la protección del menor,

como medio natural adecuado para supervisar su correcto crecimiento y educación, y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996, considera la patria potestad como la institución protectora del menor por excelencia. Es por ello que la privación de la misma debe tener un carácter excepcional y limitado a los supuestos expresamente previstos en la Ley.

En el caso de autos y a la vista de las pruebas practicadas hemos de entender que se da el supuesto de privación de la patria potestad previsto en el artículo 170 del Código Civil, ante el incumplimiento, en términos absolutos y de forma reiterada de las obligaciones inherentes a la misma.

Según manifiesta la apelante y viene corroborado por la prueba testifical practicada en autos, la convivencia entre los litigantes se interrumpe a los tres meses del nacimiento de la menor, hecho acaecido el 23 de julio de 1999. A partir de ese momento el padre biológico se ha desentendido por completo de la hija, evidenciando un total y absoluto desinterés

tanto en el trato afectivo y personal, no manteniendo contacto alguno con ella, ni en régimen de visitas ni mediante comunicación telefónica; como en cuantos aspectos se relacionen con la manutención o educación. Jamás ha pasado pensión de alimentos para la manutención de la hija ni se ha interesado por su evolución física o social. Dejación de los deberes inherentes a la patria potestad que nos lleva a estimar la pretensión de la parte apelante.

La convicción anteriormente expuesta se ve avalada por el hecho de que emplazado el demandado personalmente (folio 21 de los autos), ha mantenido una actitud procesal pasiva, constituyéndose en situación de rebeldía a pesar de la gravedad de las pretensiones que se dirigen contra él. Actitud que reitera en sede de apelación, al no efectuar alegación alguna respecto del recurso formulado de contrario, lo que nos confirma en la veracidad de las manifestaciones que en aquél se contienen, respecto de la dejación absoluta, por parte del apelado, de los deberes inherentes a la patria potestad.

PATRIA POTESTAD

Es de concluir en la procedencia de decretar que el ejercicio de la patria potestad de los hijos corresponderá de forma exclusiva a la madre, ya que tal pretensión no fue siquiera contradicha por el demandado, quien se encuentra en situación de rebeldía procesal e incomparecido en ambas instancias.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

Frente a los pronunciamientos de la sentencia de instancia, se alza, tanto la esposa actora, como el Ministerio Fiscal, mediante la interposición de sendos recursos de apelación, impugnando las concretas y coincidentes medidas de aquélla, relativas a la atribución conjunta del ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores y al uso de la vivienda familiar, con fundamento en falta de congruencia, falta de motivación y error en la valoración de la prueba. El demandado, pese a ser debidamente emplazado, en su persona (folio 29), no compareció en la instancia y fue declarado en rebeldía procesal, situación en la que se ha mantenido en esta alzada.

Planteadas así la problemática litigiosa en esta segunda instancia, es de señalar que la Juez *a quo*, efectivamente, ha incurrido en vicio de incongruencia *extra o ultra petita* y en falta de motivación en el dictado de la resolución apelada, con contravención

de lo dispuesto en el artículo 218.1 y 2 de la LEC —que establece, que: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas...». «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho», al resolver acerca de pretensiones no interesadas en la demanda rectora de la litis y, además, sin motivación alguna, con un razonamiento genérico acerca de que tales medidas son acordadas teniendo en cuenta el beneficio de los menores de edad, cuando en realidad en el supuesto de autos es todo lo contrario, tal como ha indicado el Ministerio Público —actuando precisamente en interés de éstos— en el escrito de impugnación de la sentencia de instancia. Acorde con lo aducido por la actora y por el propio Ministerio Fiscal, la resolución recurrida debía mantener los pronunciamientos de la sentencia de

separación conyugal, que homologó el convenio regulador suscrito por ambos progenitores, respecto de la hija menor Irene (folios 10 al 15), pues, partiendo de lo solicitado en la demanda y valorando, además, la inexistencia de modificación sustancial alguna respecto a las circunstancias que se tomaron en consideración para acordar los efectos de aquélla, no cabía resolver ahora en otro sentido.

Sentado lo precedente y entrando de lleno en las dos medidas dimanantes del divorcio, que han sido objeto de la presente apelación, es de concluir en la procedencia de decretar que el ejercicio de la patria potestad de los hijos habidos del matrimonio de los litigantes, Irene y Jurek, corresponderá de forma exclusiva a la madre de los menores, tal como ésta había pedido en el escrito rector de este litigio

(*vide* folio 6) y ello máxime cuando tal pretensión no fue siquiera contradicha por el demandado, quien, como antes se ha apuntado, se encuentra en situación de rebeldía procesal e incomparecido en ambas instancias. Asimismo, debe prosperar la solicitud de ambos recurrentes –actora y Ministerio Público– de que no se haga atribución del uso de la vivienda familiar, pues, aparte de que ello no fue interesado en la demanda, la realidad es que aquélla dejó de cumplir su función como tal, y los niños viven con su madre en un nuevo domicilio propiedad de ésta, lo que inviabiliza, por ende, la asignación del uso de la vivienda que constituyó la sede del hogar conyugal a alguno de los litigantes, y al haberlo así efectuado la Juzgadora de Instancia, debe dejarse sin efecto dicho pronunciamiento.

PATRIA POTESTAD

Es lo cierto que, por el momento, no concurre causa para dar lugar a una declaración sobre privación o suspensión de la patria potestad, o de su ejercicio, por cuanto que el hecho objetivo relativo a la separación fáctica entre los progenitores en virtud de una orden de alejamiento no determina tan grave medida.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE 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, y con revocación de la misma, ha solicitado la privación del ejercicio de la patria potestad del padre sobre el hijo, dado que nunca ha contribuido al sostenimiento del mismo, teniendo en cuenta su situación física y psíquica y su imposibilidad de ocuparse de dicho hijo.

Asimismo, y en cuanto a los gastos extraordinarios, solicita que sean obligatorios para el apelado, aunque se oponga a los mismos, si los considera injustificados.

Conviene precisar que es reiterada y pacífica doctrina y jurisprudencia que refiere que «la patria potestad, más que un poder de los progenitores, se configura y está orientada como una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los padres y que está en función de la protección, educación y formación integral de los hijos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, y se concibe como un derecho-deber (SSTS de 30 de abril de 1991, 12 de febrero de 1992

y 3 de diciembre de 1996, entre otras)», por ello, en determinados casos, y por causa de esta moderada concepción, se puede restringir o suspender, o cabe declarar la privación de la misma, por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica.

En este sentido, más que una sanción al progenitor que incumple, implica una medida de protección del niño, que debe ser adoptada en beneficio del mismo, cuando la conducta de aquel progenitor se puede calificar como gravemente lesiva a los intereses prioritarios del menor, y cuando dicha conducta no resulte la más adecuada para la futura formación y educación de dicho hijo; en suma se orienta siempre en favor y en beneficio de la prole.

Este sentido, y teniendo en cuenta dicha jurisprudencia y doctrina, es lo cierto que, por el

momento, no concurre causa para dar lugar a una declaración sobre privación o suspensión de la patria potestad, o de su ejercicio, por cuanto que el hecho objetivo relativo a la separación fáctica entre los progenitores, en principio, no determina tan grave medida, pues no es acorde al interés y al beneficio del hijo, quien, por el momento merece la atención y la obligación familiar de cada uno de los progenitores, en lo que se refiere a su educación y atención, y sin perjuicio de los deberes y las funciones propias de aquel progenitor que de manera cotidiana convive con dicho menor, para lo que se deberá tener en cuenta la previsión establecida en el artículo 156 del Código Civil, y en lo que se refiere al ejercicio efectivo de dicha función por parte de quien tiene la custodia y convive con dicho hijo.

Conviene resaltar que los hechos a los que se refiere la recurrente datan del año 2004, por el momento no se ha fijado ni establecido régimen de visitas, dadas las actuales circunstancias familiares y el distanciamiento entre uno y otro progenitor, y, por otra parte, aun siendo cierto que han existido conflictos personales entre los progenitores, que ha motivado resolución que acuerda el alejamiento entre ambos, ello, en principio, y para el futuro, no debe afectar a la posible comunicación, de futuro, entre el padre y el hijo y, por ende, a las obligaciones de aquél para con este último, pues no consta ni hay prueba de incumplimientos reiterados por parte de aquél, al margen de lo que pueda ocurrir en el futuro, puesto que se ha establecido la obligación del apelado de abonar en concepto de pensión de alimentos el importe de 180 euros mensuales.

GUARDA Y CUSTODIA

A pesar de que se mantiene el reparto de tiempo de convivencia que se fijó en el juzgado y que permite que los hijos pasen todos los días seis horas y media con la madre, repartiéndose entre ambos progenitores los fines de semana y vacaciones, la Audiencia revoca la sentencia del juzgado y no concede la custodia compartida.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

El artículo 92.5 del Código Civil, tras la reforma introducida por Ley 15/2005, de 8 de julio, previene la posibilidad de que se acuerde el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a dicho acuerdo en el transcurso del procedimiento, posibilidades ambas que no son de observar en el caso, habida cuenta que cada uno de los cónyuges mantuvo en relación con la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio, nacidos el trece de marzo de mil novecientos noventa y trece de agosto de mil novecientos noventa y dos, respectivamente, un posicionamiento adverso, situación que, evidentemente, podía quedar salvada legalmente por la propia norma expresada cuando en su apartado 8.º dispone que «excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundaméntandola en que sólo de esta forma se protege

adecuadamente el interés superior del menor», considerándose por el tribunal colegiado que esa situación de «excepcionalidad» a que se refiere el precepto no es de contemplar en el caso tratado, en que los hijos, no olvidemos de diecisiete y catorce años de edad, desde la salida del domicilio familiar de la esposa, han continuado conviviendo con el progenitor paterno, cursando sus estudios en el Colegio San Patricio sin merma alguna en sus resultados escolares, apareciendo en las actuaciones haber padecido la esposa, progenitora materna, varios episodios autolíticos, según se desprende de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número Diez de Málaga en fecha doce de abril de dos mil seis en juicio rápido 144/2006, por lo que esa custodia compartida que pueda decretarse en casos excepcionales, ante el enfrentamiento de los padres, por el órgano judicial, no es de apreciar, dado que el aspecto fundamental a tener en cuenta en estos casos en la estabilidad física y emocional de los menores, lo cual no obsta a que se mantenga ese régimen amplio de visitas, estancias y comu-

nicaciones establecido judicialmente, pareciendo apuntar más bien la resolución judicial impugnada a identificar esos dos aspectos de una misma cuestión, lo que es la guarda y custodia compartida con la fijación de un régimen amplio y tremendamente flexible de visitas y comunicaciones, sin que consten en autos factores tan esenciales a los efectos resolutorios de la cuestión como la cercanía de domicilios de los progenitores, cambio del entorno social, familiar y educativo de los hijos, razones que avalan la decisión a adoptar acerca de que la guarda y custodia de los hijos matrimoniales quede atribuida en exclusividad al padre, pero manteniéndose el régimen de visitas establecido al efecto en la sentencia, lo cual implica que, como consecuencia de los amplios períodos de tiempo que podrán permanecer los hijos con la madre,

llegando, incluso, a poder almorzar diariamente juntos, la pensión alimenticia que debería de pasar al progenitor guardador no quede cuantificada, considerándose que con aquella prestación cubre suficientemente la obligación alimenticia de los hijos, y, por supuesto, sin que el recurrente deba asumir este gasto, si bien correspondiendo abonar el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar entre ambos cónyuges por mitad, dado tratarse de bien común que en su día será objeto de liquidación en la disuelta sociedad de gananciales, no cabiendo ahora calificar esa prestación de la progenitora materna como contribución alimenticia, lo que nos lleva a acordar la revocación parcial de la sentencia dictada en primera instancia en la forma que se concretará en la parte dispositiva de la presente resolución.

GUARDA Y CUSTODIA

Se ha podido comprobar que actualmente se viene cumpliendo con normalidad el régimen de visitas, por lo que no procede el cambio de custodia sin perjuicio de lo que proceda resolverse en el futuro, si se incide en comportamientos y conductas que vengán a impedir, entorpecer o dificultar de modo grave la comunicación entre el padre y los hijos.

AP MADRID, SEC. 22.^a, AUTO DE 3 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

Se ha de analizar si, también en el momento presente, existe ya comunicación entre el padre y los hijos, si se ha producido o no el síndrome de alienación parental, y si, en suma, es positivo para los menores el cambio o modificación de la custodia, para otorgarla al padre, según se pretende por dicho recurrente, pues, en cualquier caso, y aun depurándose las responsabilidades penales oportunas en el cauce procesal adecuado, el presente procedimiento civil ha tenido por objeto evaluar la situación familiar de los hijos en relación a la madre, así como las consecuencias que se hubieran producido en el supuesto de no haberse reiniciado las comunicaciones entre aquéllos y el padre.

En este sentido, no es posible aceptar el argumento que expone el recurrente, cuando señala que no se debe tener en consideración el informe pericial psicosocial emitido en la instancia, siendo así que no existe indicio alguno, o circunstancia demostrada, que impida valorar en su justa medida el contenido de dicho informe, las conclusiones, pues no se olvide que dicho informe pericial fue

ratificado a la presencia judicial, mediante el acto celebrado el 25 de octubre de 2006.

Así las cosas, puede afirmarse que los hijos del matrimonio, de corta edad, no presentan síndrome de alineación parental, al tiempo que se advierte que «la hija muestra una gran vinculación con su madre que aparece como el contingente emocional que cubre sus necesidades a todos los niveles y que supone para ella un modelo conductual y referente social» al tiempo que se refiere que «los abuelos maternos son figuras muy importantes con los que comparte actividades diarias» y se añade que «respecto a la figura paterna no se manifiesta un rechazo pero sí indica un distanciamiento afectivo hacia aquél, de forma que no le integra en su grupo familiar actual y explica en varias ocasiones la situación que no convive con él porque sus padres se separaron...» y «hay una voluntad expresa de continuar la convivencia con su madre».

Se concluye por fin que «tras el análisis de los menores observamos que Rocío no sufre síndrome de alienación parental en estos momentos aunque

es consciente y afecta a la falta de una relación buena excluida entre sus padres...».

Por otra parte, y en lo que se refiere al comportamiento de la madre para con los hijos se valora el hecho de que dicho progenitor femenino ha sido siempre el más cercano en el cuidado de aquéllos, condicionando su jornada laboral para procurar una mejor atención a los mismos.

Asimismo, y valorando la prueba de interrogatorio practicada en su momento, se ha podido com-

probar que actualmente se viene cumpliendo con normalidad el régimen de visitas, según lo reconoce el propio recurrente.

Por todo cuanto antecede, y sin perjuicio de lo que proceda resolver en el futuro, si se incide en comportamientos y conductas que vengan a impedir, entorpecer o dificultar de modo grave la comunicación entre el padre y los hijos, es lo procedente ahora confirmar la sentencia apelada.

GUARDA Y CUSTODIA

La depresión sufrida por la madre se debió a un conjunto de causas que hoy han remitido, aunque sea de forma parcial, al solventarse definitivamente su situación de crisis matrimonial, lo que unido a la superación del problema psíquico contribuye a sentar la concurrencia de unas condiciones de vida normales y, por ello, no existe ningún obstáculo para que se le atribuya la custodia.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José M. Morillo Velarde Pérez

En lo que se refiere al primero de ellos, se denuncia la infracción de principio *favor filii* o de protección del superior interés del menor, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en cuanto que en la instancia se ha prescindido de la práctica de una prueba que pretendía la aportación de un criterio técnico sobre la mayor capacitación de uno u otro de los progenitores para desempeñar la guarda y custodia de los hijos menores, incidiéndose en el mismo motivo del recurso en que, no obstante, se ha producido un error en la valoración de la prueba practicada en autos sobre el particular, singularmente, de la declaración del testigo-perito que declaró a instancias de la propia actora recurrida, de la testifical que se practicó en la persona de la hermana de la misma y del resultado de una reproducción videográfica; terminando con la crítica del razonamiento contenido en la sentencia de instancia a propósito de la práctica forense de conceder dicha guarda a la madre cuando se trata de hijos de corta edad.

En segunda instancia se ha producido la denegación de la prueba aludida en la medida en que se consideró innecesaria, puesto que su admisión, existiendo ya prueba bastante sobre el particular entrañaría una dejación de funciones en la medida en que se estaría encomendando a técnicos la determinación de una mayor aptitud para desempeñar aquella guarda, con evidente suplantación de las

atribuciones que corresponde a los órganos jurisdiccionales.

En autos consta la declaración del psiquiatra que trató de una depresión a la apelada, que no puede ser descalificada como en el recurso de hace con la simple alusión a que se trató de una prueba propuesta por aquélla; y según este profesional, la madre ha superado satisfactoriamente la fase aguda de su crisis, independientemente de que el tratamiento farmacológico empelado aún no haya cesado.

A partir de dicho dato, la decisión contenida en la sentencia recurrida aparece absolutamente correcta en tanto en cuanto obedece a la situación ya constituida desde el momento de la separación material de los cónyuges, siendo improcedente una alteración de la misma desde el punto de vista de la estabilidad emocional de los menores, cuya edad hace conveniente de forma cierta la permanencia con su madre.

De otra parte, de los pareceres técnicos obrantes en las actuaciones se desprende que la depresión sufrida por la demandante y apelada se debió a un conjunto de causas que hoy han remitido aunque sea de forma parcial, al solventarse definitivamente su situación de crisis matrimonial, lo que unido a la superación del problema psíquico contribuye a sentar la concurrencia de unas condiciones de vida normales.

En cualquier caso, ante la carencia de toda prueba que acredite la falta de aptitud de la apelada para afrontar el cuidado de sus hijos, o que demuestre la equivocación de la juzgadora de instancia, su decisión ha de ser mantenida en virtud

de la mayor intermediación de que ha gozado en la práctica de los medios probatorios que han tenido su desenvolvimiento en las actuaciones, sin que sea dable la sustitución de su criterio más imparcial por el del apelante.

GUARDA Y CUSTODIA

El cambio de domicilio que llevó a cabo la madre, en cuya guarda y custodia estaban los menores, no constituye de forma automática la alteración exigida para justificar el cambio de custodia, habiéndose constatado que no existe problema de adaptación de los menores, aun que es lógico que, debido a su edad, muestren su deseo de vivir en la anterior ciudad.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José M. Morillo Velarde Pérez

Se pretendió con la demanda rectora del procedimiento la modificación de las medidas acordadas en la sentencia que puso fin al matrimonio de los litigantes, en el aspecto relativo a la guarda y custodia de los hijos habidos en él régimen de visitas y fijación de una pensión alimenticia a cargo de la madre, que hasta ahora venía ostentando aquéllas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haberse trasladado a vivir la demandada desde Pozoblanco a la localidad de Mijas.

La progenitora se opuso a la modificación interesada y, mientras el Ministerio Fiscal informó favorablemente a la pretensión deducida, la sentencia de instancia la rechazó considerando que el cambio de residencia de aquélla no ha sido causa de perjuicio alguno para los menores.

Frente a esta resolución se alza el recurso, articulado en un único motivo en el que viene a denunciarse la violación del superior interés de los menores, sustentada en un supuesto error en la valoración de la prueba, haciendo hincapié en las manifestaciones del psicólogo especialista que informó en las actuaciones.

El precepto adjetivo en el que se basa la demanda —y el propio recurso— requiere la sustancial alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de dictarse la resolución que estableció las medidas a modificar, por lo que la cuestión se centra, en primer término, en resolver si el cambio de domicilio que llevó a cabo la madre, en cuya guarda y custodia estaban los menores, constituye o no la alteración exigida para justificar el pronunciamiento solicitado por la parte demandante.

A tal respecto, la jurisprudencia es constante en el sentido de que dicha circunstancia por sí misma no es suficiente. Pueden citarse las sentencias de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de mayo de 2002 y 24 de mayo de 2006; la de la Audiencia Provincial de Granada de 28 de marzo de 2001; la de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de febrero de 2002, etc.

Sin embargo, en algunas de tales resoluciones viene a señalarse que el cambio de residencia debe siempre valorarse a los efectos que ahora se consideran desde el punto de vista de la afectación que pueda suponer para los menores, en atención siempre al principio consignado en el artículo 2 de Le Orgánica de Protección Jurídica del Menor, por lo que la cuestión nuclear pasa a ser necesariamente ésta.

La postura de la parte recurrente se basa en un informe psicológico, incorporado a su instancia en las actuaciones, en el que se concluye que la mejor opción para los hijos es la atribución de la guarda y custodia al padre.

La Sala ha examinado detenidamente los razonamientos que soportan dicha conclusión y, no obstante, tiene que descartarlo a la hora de formar su convicción sobre los hechos, porque su orientación no se corresponde con lo que es objeto del procedimiento ahora entablado.

En efecto, el psicólogo realiza una revisión de todos los aspectos de la relación del padre con sus hijos, pero no enfoca su trabajo desde la perspectiva que ahora interesa, puesto que la pretensión que en su día se formuló tenía por finalidad obtener la modificación de la medida en atención a la altera-

ción ya dicha y no revisar lo acertado o no de la decisión adoptada en su día sobre la atribución a la madre de la guarda y custodia de los menores, por demás consentida por el hoy apelante.

Este error de planteamiento ya cuestiona decididamente la imparcialidad del perito, en cuya valoración incide la afirmación de que no considera necesario el examen de la madre, a diferencia de lo verificado con el padre, por considerar que los datos y afirmaciones que se vierten en el informe «se basan en elementos objetivos que no requieren de su intervención».

Así pues, tan sólo quedan sus manifestaciones que por vía testifical realizó en la vista, perfectamente glosadas en la sentencia recurrida, donde se afirma que no existe problema de adaptación de los menores, sino tan sólo el deseo de seguir residiendo en Pozoblanco, debiendo coincidirse con la juzgadora de instancia en la medida en que se trata de un sentimiento lógico, sobre todo en niños de corta edad, pero ello no permite considerar la existencia de un problema de falta de adaptación, teniendo en cuenta, además, el escaso tiempo transcurrido desde que se produce el cambio de residencia y la interposición de la demanda.

GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la custodia de la hija al padre y del hijo a la madre, ya que aunque la actitud del padre hacia la hija es más permisiva, parece que en estos momentos de adolescencia es más beneficioso para ella este trato que el enfrentamiento que tienen madre e hija que dificultaría una convivencia normalizada.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

En cuanto al recurso planteado respecto de la guarda y custodia de los hijos Pilar y Sergio, debe tenerse en cuenta que las medidas relativas a los hijos menores han de ser adoptadas en beneficio de éstos, como principio que debe presidir en este tipo de procedimientos de carácter familiar.

Las situaciones de ambos menores deben tener un tratamiento diferente dada la desigual situación en la que cada uno de ellos se encuentran.

Del conjunto de la prueba practicada en el presente caso ha quedado acreditado que por convenio aprobado por Sentencia de separación de fecha 20 de septiembre de 2002, (F. 5), quedaron los tres hijos comunes bajo la guarda y custodia de la madre: Elvira nacida el 19 de septiembre de 1986, de 20 años en este momento, Pilar, nacida el 23 de mayo 1991, de 15 años y Sergio, nacido el 9 de junio de 1996, de 10 años. Posteriormente, y por diferencias entre la Sra. Alicia y sus hijas, éstas fueron pasando a vivir con el padre, que convivía con su compañera sentimental y los dos hijos de ésta. Acaeció un suceso de violencia entre dicha compañera sentimental y las dos hijas de las partes, por el que las dos, Elvira y Pilar, tuvieron que recibir asistencia hospitalaria, sin que el actor se hallara en el domicilio, por lo que éste rompió su relación

sentimental y de convivencia con aquélla, trasladándose a vivir con Pilar a la vivienda que posee en Sant Pere de Vilamajor, donde en la actualidad continúan. Elvira, que es mayor de edad, y su novio, se han instalado a vivir en casa de los padres del novio, y el menor Sergio convive con la madre en el domicilio que fue familiar.

La problemática en el presente caso para determinar la atribución de la guarda y custodia de los dos menores se halla en la adicción que la Sra. Alicia ha padecido, y que se halla en proceso de superación, habiendo acreditado que sigue tratamiento en el CAS Centro Delta con visos de continuidad y éxito en el control de su adicción, tal como consta en la certificación obrante en autos (F. 53 de la pieza de medias previas). Consta asimismo en el informe del Gabinete psicosocial que las reacciones de la madre de abuso de la fuerza y alto nivel de enfrentamiento con ellos, especialmente con las hijas, que los hijos atribuyen a la ingesta de alcohol de la madre, aunque manifiestan que últimamente la situación ha mejorado, de lo que se infiere que ha disminuido o desaparecido el consumo de alcohol por su parte. Es imprescindible por tanto, que la demandada continúe con el tratamiento para conseguir la superación de su problema, no sólo por la

necesidad que tiene ella misma de superarlo, sino también por la necesidad que tienen los hijos de tener una relación adecuada con su madre, sobre todo en la actual edad de adolescencia de los dos menores, sin olvidar por ello a Elvira, que asimismo manifestó en su interrogatorio mantener una relación más cercana en los últimos tiempos con su madre, visitándola una vez a la semana.

En estos momentos Pilar, que se halla en plena adolescencia, con los signos de rebeldía característicos, está viviendo con su padre, quien tiene una actuación más permisiva hacia la menor; al tiempo que mantiene con la madre una relación, en estos momentos, más conflictiva. Consta en el repetido informe del Gabinete psicosocial, que de la escuela a la que acudía Pilar se informa que faltó mucho al colegio durante el curso 2004-2005, año en que convivió hasta enero de 2005 con la madre, y después con el padre, pues tras el ingreso en el Hospital del Valle de Hebrón el 18 de enero de 2005 por una crisis de ansiedad, pasó a vivir con el padre, según ambos relatan. Este solo dato no podrá ser tenido en cuenta a los efectos que ahora se analizan, pues es evidente que la situación que llevaron a Pilar a manifestar su crisis de ansiedad impedía el equilibrio necesario para llevar una vida normalizada a la menor. No es hasta abril 2005 cuando la demandada inicia su tratamiento de deshabituación del consumo de alcohol, según consta en el certificado

del CAS. Tal como refiere el repetido informe del gabinete psicosocial, aunque la actitud del padre hacia la hija es más permisiva, parece que en estos momentos sea más beneficioso para ella este trato, que el enfrentamiento que tienen madre e hija, con unos recuerdos de Pilar de episodios de agresiones, que dificultaría en este momento una convivencia normalizada. Por todo ello considera esta Sala más adecuado atribuir la guarda y custodia de la menor al padre, sin perjuicio de mantener un sistema de visitas y encuentros con la madre y hermano Sergio de fines de semana alternos y mitad de las vacaciones escolares.

No se han observado más problemas en el trato de la madre al menor Sergio que el que se menciona en el informe del Gabinete relativo a que el menor duerme desde hace dos o tres años con su madre, que se considera altamente inadecuado, dada la edad de 10 años del niño.

Esta situación familiar será objeto de seguimiento por el Gabinete psicosocial, que en coordinación con los servicios sociales y CAS al que acude la Sra. Alicia, informará semestralmente al Juzgado y siempre que ocurra algún evento de especial importancia, en fase de ejecución de sentencia, sobre la evolución de la relación de todos los miembros de la familia, así como sobre la continuidad del tratamiento de la demandada.

GUARDA Y CUSTODIA

Al quedar dividido el año en semestres naturales para la distribución de la guarda compartida, la solución más equitativa es considerar neutros a los efectos de la guarda compartida los períodos de vacaciones escolares, de tal manera que ambos progenitores puedan estar con sus hijos en épocas en las que no se encuentran absorbidos por su actividad académica.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José M. Morillo Velarde Pérez

Por lo que respecta al segundo de los motivos de impugnación, pone de relieve el apelante que al quedar dividido el año en dos en semestres naturales para la distribución de la guarda compartida y corresponderle a él el segundo de ellos, quedaría perjudicado al tener la madre concedido un régimen de visitas por vacaciones de verano que coincidiría con parte de su semestre, al desarrollarse éstas desde el quince de julio al catorce de agosto.

Y ciertamente hay que reconocer que ello es así, aun cuando también lo es que el padre se ve beneficiado cada año con el régimen de las vacaciones de Semana Santa, que le corresponde por entero.

La solución más equitativa que contempla la Sala es considerar neutros a los efectos de la guarda compartida los períodos de vacaciones escolares, de tal manera que ambos progenitores puedan estar

con sus hijos en épocas en las que no se encuentran absorbidos por su actividad académica, combinando este criterio con el de la alternancia.

De este modo, las vacaciones de Navidad se dividirán conforme queda dicho en la sentencia en el apartado correspondiente y se disfrutarán de forma alterna por los padres.

Las vacaciones estivales se dividirán en dos períodos. El primero abarcará desde la finalización del curso hasta el día treinta y uno de julio; el segundo, desde el día uno de septiembre hasta el comienzo de las clases y serán objeto de reparto rotatorio igualmente. De esta manera ambos padres

podrán compartir con sus hijos la ilusión de los primeros momentos de las vacaciones y los preparativos del nuevo curso, respectivamente. Durante los meses de julio y agosto quedarán en suspenso las visitas del progenitor no custodio.

Al estar desequilibrados ambos períodos, ya que el curso escolar termina sobre el veintidós de junio y no comienza sino hasta el quince de septiembre, aproximadamente, la diferencia se compensará con las vacaciones de Semana Santa, de manera que el progenitor que no tenga a los hijos al inicio de las clases pasará con ellos toda ese otro período vacacional por entero.

GUARDA Y CUSTODIA

El cambio de la custodia al padre no aparece en este momento como lo más beneficioso para el menor –tras dos años de inexistencia de contacto paterno-filial, aunque sea como consecuencia del comportamiento reprochable del otro progenitor–, sin perjuicio de que se tomen las medidas necesarias para que el padre pueda contactar con su hijo y quede garantizado el derecho de visita que tiene para con él.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

La cuestión sometida a la alzada, como primordial punto a resolver, es la relativa a la guarda y custodia del hijo común de los litigantes y, por tanto, si procede o no la modificación de los efectos de la sentencia de divorcio de fecha 20 de abril de 2005, en la que se plasmaron los acuerdos alcanzados por los propios progenitores en el acto de la vista (folios 47 al 50). Al respecto, es de señalar, que es principio legal establecido en el artículo 82 del Código de Familia, que para la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sometidos a patria potestad ha de estarse a lo que resulte más conveniente para ellos –*favor filii*–, al ser éste el interés más digno de protección; y en el supuesto enjuiciado, se considera que se da cabal cumplimiento a dicho principio, manteniendo la guarda y custodia del referido hijo, Aarón –actualmente de 11 años de edad–, a la madre, tal como ha manifestado el Ministerio Fiscal –que actúa precisamente en interés del menor– en el escrito de oposición al recurso (folio 317), pues no existe prueba alguna en las actuaciones que acredite que la atribución a su favor pudiera devenir perjudicial para el desarrollo psicológico e integral del mismo, sin olvidar además la conveniencia para el hijo de mantener la

situación de custodia en la persona de su madre, máxime cuando siempre y en todo momento ha convivido con ella, tal como se colige del informe pericial realizado por el SATAV (folios 120 al 128); sin que sea óbice para ello, la actitud absolutamente reprochable de la madre de distanciar y apartar al hijo del otro progenitor de forma totalmente unilateral y subrepticia, pues la cuestión que aquí se plantea y nos ocupa es la de la guarda del menor y no su «sustracción», y tal como antes se ha apuntado, aquélla ha de adoptarse en base al principio del *favor filii* o *favor minoris*, y el cambio de la custodia al padre no aparece en este momento como lo más beneficioso para el menor –tras dos años de inexistencia de contacto paterno-filial, aunque sea como consecuencia del comportamiento reprochable del otro progenitor–, por lo que, en definitiva, no se estima procedente acceder al cambio sobre la guarda y custodia solicitado; sin perjuicio, lógicamente, de lo que pueda acordarse en el futuro –artículo 776.3 LEC–, caso de ser habido el menor en su lugar de residencia, en Inglaterra o en Brasil (que al parecer es donde se encuentra viviendo en este momento), y sin perjuicio asimismo de poder reclamar en dicho país, que se tomen las medidas

necesarias para que el padre pueda contactar con su hijo y quede garantizado el derecho de visita que tiene para con él, considerando el Tribunal que, a los efectos de superar esta lamentable situación de incomunicación paterno-filial, la vía adecuada es la de instar la ejecución de la mentada sentencia de divorcio de 20 de abril de 2005, por el procedimiento correspondiente, ante el Juzgado de Familia de la ciudad de Brasil en que se encuentre el menor –adjuntado dicha resolución de divorcio dictada por el Juzgado núm. 18 de Barcelona–, para que el padre pueda ver, comunicarse y visitar a su hijo Aarón (aunque ello, debido al largo periodo temporal en que ha permanecido sin tener contacto alguno, deba probablemente iniciarse y llevarse a cabo un régimen de forma paulatina y progresiva), pues dicho progenitor viene amparado legalmente, toda vez que el Convenio sobre los

aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores, suscrito en La Haya en 25 de octubre de 1980, del que forman parte como Estados miembros de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Privado, tanto Inglaterra, como Brasil, y en cuyo Preámbulo se establece que los Estados signatarios del presente Convenio, amén de garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, deben asegurar asimismo la protección del derecho de visita del progenitor con su hijo, y así se recoge en su artículo 1: «La finalidad del presente Convenio será la siguiente: b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes», regulándose precisamente en el artículo 21 del mismo Convenio la vía procedimental para garantizar el ejercicio efectivo de tal derecho de visita.

GUARDA Y CUSTODIA

Siendo el entorno del padre en el que mejor pueden desempeñarse las funciones parentales, por su mayor control escolar frente a la permisividad de la madre, se concede la custodia a aquél.

AP VALENCIA, SEC. 10.^a, SENTENCIA DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Pilar Manzana Laguarda

Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la sentencia de instancia que estimando la demanda de modificación de medidas instada de contrario atribuyó la guarda y custodia de su hijo Paulino, nacido el 6 de octubre de 1997 a su padre, modificación así la anterior resolución de fecha 18 de diciembre de 2003 en que se acordó, de mutuo acuerdo, la guarda y custodia compartida por parte de ambos progenitores.

Para la resolución del recurso debe previamente partirse del principio básico reconocido en el artículo 39 de la Constitución Española, en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España (BOE de 31 de diciembre de 1990), en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del Código Civil, y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de la necesaria protección del derecho del que son titulares los menores a su propio desarrollo, educación y forma-

ción, lo que se traduce en la materia que nos ocupa, en sede de relaciones paterno-filiales, en que el conflicto surgido acerca de todo lo relativo a su guarda y custodia deba resolverse por prescripción legal, jurisprudencial y justas razones, atendiendo primordialmente al beneficio e interés del menor.

Y en la delicada y difícil tarea de optar por la custodia materna o paterna, en los casos en los que como en el presente ambos progenitores demuestran interés por el cuidado de su hijo y denotan iguales facultades para asumirla, y determinar, en consecuencia cuál sea la mejor opción que preserve el interés del menor, la Sala al igual que el Juzgador de instancia debe asesorarse del informe imparcial y objetivo que emiten los profesionales en la materia quienes por su formación están en mejores condiciones de determinar en cada caso concreto cuál de ambos progenitores debe ser el que asuma la custodia de los menores. A este respecto del informe del equipo sicosocial adscrito a los Juzgados de Familia y obrante a los folios III de la causa no se

desprende claramente quién de ambos progenitores debe ejercer la guarda del menor y ser éste el que preserve más su interés, ni en el informe obrante en autos ni en la ratificación judicial del mismo en el juicio público y contradictorio al que se sometió, contestando las preguntas de las direcciones letradas de ambas partes, y del propio Sr. Magistrado que presidió el acto; en consecuencia habrá de estarse a la situación actual del menor, a su escolarización en centro cercano al domicilio paterno mientras que la madre vive en Puerto de Sagunto y

de estar con ella debería cambiarse de colegio y de amigos; entendiendo que es mejor para él como dijo al inicio el perito todo lo que suponga mantener la actual situación, previo descarte de la guarda y custodia compartida; siendo el entorno del padre en el que mejor pueden desempeñarse las funciones parentales, por su mayor control escolar frente a la permisividad de la madre. Es todo cuanto se puede afirmar de lo actuado, considerando adecuada la conclusión alcanzada por parte del Juzgador de instancia al acordar la custodia paterna.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se desestima la ampliación del régimen de visitas, ya que si el padre que nació en el año 1975, según manifiesta, se encuentra en paro, no obteniendo ingresos, su interés prioritario no debe ser estar más tiempo con el hijo, sino encontrar trabajo para poder cooperar al sostenimiento de su hijo, y para esto lo que necesita es tiempo y dedicación, por lo que, al menos por el momento, no tener un régimen de visitas tan amplio como el que pretende, le ayudará al que sin duda es fin prioritario: alimentar a su hijo.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Alfredo Caballero Gea

Alega el recurrente que tiene un verdadero interés en dedicarle el mayor tiempo posible a su hijo, Juan Ignacio, nacido el 1 de marzo de 2005, «prueba de ello es que en la demanda origen de este pleito solicitó la guarda y custodia del menor en exclusividad y subsidiariamente la guarda y custodia compartida con la madre».

En consecuencia solicita que se amplíe el régimen de visitas establecido a su favor en la Sentencia recurrida, en los propios términos que explicita en su recurso.

Hemos de comenzar señalando que el recurrente, según manifiesta, se encuentra en paro, no obteniendo ingresos. Ha nacido el 1 de septiembre de 1975. De lo que colegimos que su interés prioritario será encontrar trabajo para poder cooperar al sostenimiento de su hijo, y para esto lo que necesita es tiempo y dedicación, por lo que, al menos por el momento, no tener un régimen de visitas tan amplio como el que pretende, le ayudará al que sin duda es fin prioritario: alimentar a su hijo.

Los artículos 91, 92, 94 y 116 CC, reconocen el derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de visitarlos, a comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, y encomiendan a

la Autoridad Judicial, en defecto de acuerdo de los padres, la adopción de las medidas y régimen de visitas y comunicación con aquéllos, mediante la fijación del tiempo, modo y lugar del ejercicio de ese derecho, teniendo presente siempre que en esta materia el interés prevalente es el de los hijos.

El derecho de visita que el artículo 94 CC reconoce a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados, como consecuencia de lo acordado en la sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, tiene como contenido tanto la visita propiamente dicha, como la comunicación y la convivencia con aquéllos y se fundamenta en la relación jurídica familiar preexistente entre aquél y sus mentados hijos, constituyendo un aspecto concreto.

El derecho de visita no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores, dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como complejo derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su desarrollo, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso para el menor para salvaguardar sus intereses.

Así, pues, el interés de los hijos constituye el eje fundamental de tal derecho de visita y a él queda subordinado, como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 92 CC, en concordancia, asimismo, con el principio constitucional de protección integral de los hijos a tenor del artículo 39.2 de nuestra Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, por la asamblea general de las Naciones Unidas de 20 de octubre de 1989 y ratificada por España por medio de Instrumento de fecha 30 de noviembre de 1990, BOE, 313, de 31 de diciembre de 1990.

Es prácticamente un tópico recordar que el régimen de visitas y estancias con sus hijos del progenitor a quien no se atribuya su guarda y custodia, como consecuencia de la ruptura y al que se refieren los artículos 91 y 94 CC, no tiene otra finalidad que la de posibilitar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, fundamentalmente el que contempla el artículo 154.1.º del citado Código, buscando que aquella ruptura no conlleve necesariamente la desvinculación del hijo del progenitor a quien no se atribuya su guarda permanente, propiciando de tal modo el contacto paterno o materno-filial, según los casos.

Debe tenerse en cuenta que el régimen de visitas y estancias no se establece únicamente como un derecho de uno u otro de los progenitores, sino, de modo especial, como un deber de éstos para con los hijos, procurándoles una educación integral (artículo 92 CC).

Los artículos 92 y 159 CC propugnan el beneficio de los hijos en la fijación de las correspondientes medidas y régimen de visitas y, como señala la STS de 12 de febrero de 1992, citando otras del mismo Tribunal de 9 de marzo de 1989 y 11 de octubre de 1991, es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad, debiendo tenerse en cuenta que la patria potestad y las facultades que la misma comporta de ordinario, se incluye entre los que se denominan derechos-función por la especial naturaleza que les otorga su carácter social.

Aquí en el caso concreto que nos ocupa, el interés del niño es comunicarse con su padre, y primordialmente el ser alimentado. Para satisfacer una y otra finalidad, el régimen de visitas establecido por la Sentencia recurrida, es adecuado y ajustado a derecho.

RÉGIMEN DE VISITAS

La alimentación materna del menor no puede considerarse un óbice esencial para impedir el cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, que se considera beneficioso para éste.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Márquez Romero

Se alega en el escrito de interposición de recurso con relación al régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, con relación al hijo menor, que dada la edad del mismo y alimentándose del pecho de la madre, debe aplicársele sólo el régimen establecido en la sentencia para el hijo mayor a partir de cuando cumpla los dos años de edad. Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia y de lo alegado por las representaciones de los litigantes en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso y en el acto de la vista en

esta segunda instancia, no puede la Sala sino compartir el criterio de la sentencia apelada estimando que dada la edad del menor, que ha cumplido 16 meses, la alimentación materna del mismo no puede considerarse un óbice esencial para impedir el cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, que se considera beneficioso para el menor, existiendo medios complementarios o supletorios que puedan garantizar la alimentación del menor durante el fin de semana que le corresponda permanecer con su padre.

RÉGIMEN DE VISITAS

Debe establecerse un punto de partida para pasar de un régimen sin pernocta a uno con ella, que esta Sala, al igual que la mayoría de los órganos jurisdiccionales, salvo acuerdo en otro sentido de los propios progenitores, ha fijado en la edad de 3 años.

AP BARCELONA, SEC.18.ª, SENTENCIA DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

Planteada así la cuestión litigiosa en esta alzada, es de señalar, en cuanto al primer motivo de apelación, esto es, el relativo al régimen de visitas paterno-filial, que el mismo ha quedado vacío de contenido y se trata de un objeto superado por el transcurso del tiempo, pues habiendo acordado la Juzgadora de Instancia que a partir de los 3 años de la niña el régimen de comunicación del padre con ésta se llevaría a cabo con pernocta, se ha podido comprobar que Carla cumplió tal edad el pasado 27 de junio de 2007 (*vide* folio 12), lo que, sin necesidad de ninguna otra argumentación, determina el decaimiento de la primera pretensión revocatoria del apelante.

Ex abundantia y a meros efectos dialécticos, es de constatar que la medida adoptada por la Juez *a quo* coincide precisamente con la tesis mantenida en tal extremo por esta misma Sección 18.ª de la AP de

Barcelona y comportaría asimismo la desestimación de la solicitud del recurrente aunque la niña no hubiere cumplido 3 años de edad en el momento de dictarse la sentencia de apelación, pues, obviamente, debe establecerse un punto de partida para pasar de un régimen sin pernocta a uno con ella, que esta Sala, al igual que la mayoría de los órganos jurisdiccionales, salvo acuerdo en otro sentido de los propios progenitores, ha fijado en la edad de 3 años (*ad exemplum*, Sentencias de 17 de noviembre de 1998, 16 de marzo, 19 de abril, 10 de mayo y 25 de octubre de 1999, 21 de febrero de 2000, 17 de abril y 27 de septiembre de 2001, 29 de diciembre de 2004 y 9 de junio de 2005, etc.), «considerándose conveniente y adecuado, por ende, que hasta que se cumpla tal edad se desarrolle el régimen de visitas del progenitor no custodio con su hijo/a mediante contactos breves, armoniosos y progresivos».

RÉGIMEN DE VISITAS

En modo alguno se ha demostrado que la distribución del verano por períodos quincenales a cada progenitor haya resultado perjudicial para la menor ni tampoco perjudicial para los ascendientes, dado que ellos pueden disfrutar de su hija durante idéntico período de tiempo, lo cual no sucedería si se atendiera a la petición del demandante al haber quedado acreditado en las actuaciones que ambos progenitores sólo pueden efectuar sus vacaciones estivales en el mes de agosto.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

Frente a los pronunciamientos de la sentencia de instancia, se alza el padre demandante, a través del presente recurso de apelación, aduciendo como único motivo del mismo, que el régimen de visitas correspondiente a las vacaciones escolares estivales de la menor, quede distribuido, durante julio y

agosto, por meses enteros alternos y no por períodos de quince días, asimismo alternos, como acuerda la Juez *a quo* y ello con fundamento en que la niña es mayor que cuando suscribieron el convenio regulador de la separación conyugal y que él ha rehecho su vida y pasa sus vacaciones fuera de Cataluña. La

madre demandada y el Ministerio Fiscal –actuando éste en interés de la menor– postulan la íntegra ratificación de la resolución impugnada.

Planteada así la problemática litigiosa en esta alzada, es de señalar, ante todo, que si bien ciertamente en el proceso de divorcio pueden plantearse *ex novo* las mismas cuestiones que ya se resolvieron en el pleito de separación, al no estar afectadas por el principio de cosa juzgada, ni ser de estricta aplicación las prevenciones contenidas en el artículo 80 del Código de Familia, no lo es menos que «las circunstancias concurrentes en el anterior procedimiento de separación matrimonial, sin tener carácter vinculante o determinante de las dimanantes de la disolución del vínculo matrimonial, constituyen un dato importante y deberán ser tomadas en consideración como un elemento inmediato para acordar los efectos de la declaración de divorcio, y en mayor medida en aquellos casos en que los efectos dimanantes de la separación han sido pactados por las propias partes y derivan de un convenio suscrito por las mismas, cual acontece en el caso objeto de examen» (SS de esta misma Sección 18.^a de la AP de Barcelona, de 14 de marzo de 2002, 11 de marzo de 2003, 2 de abril de 2004, 10 de octubre de 2005 y 16 de marzo de 2006, entre otras muchas sobre el particular).

Sentado lo precedente y entrando de lleno en el examen del referido motivo de apelación, es decir, la forma de llevarse a cabo el régimen de visitas en el período vacacional estival de la niña, hay que partir, evidentemente, de lo querido y establecido por los propios progenitores en el convenio regulador de la separación conyugal, que fue homologado judicialmente por sentencia de separación dictada el día 16 de septiembre de 2003 –20 meses antes de presentarse la demanda de divorcio rectora de la presente litis (*vide* folios 10 al 17 en relación y concordancia con los folios 1 al 5)–, y como quiera que no ha existido una variación

sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de suscribirse el mentado convenio– sólo que Naiara ha pasado de bebé a niña y que el padre ha cambiado el lugar de realización de sus vacaciones (lo cual ninguna incidencia tiene en cuanto a la relación paterno-filial propiamente dicha)– y en modo alguno se ha demostrado que la distribución del verano por períodos quincenales a cada progenitor haya resultado perjudicial para la menor –antes al contrario, puesto que le ha reportado cierta estabilidad emocional–, ni tampoco perjudicial para los ascendientes, dado que los mismos pueden disfrutar de su hija durante idéntico período de tiempo, lo cual no sucedería si se atendiera a la petición del demandante, pues, al haber quedado acreditado en las actuaciones que ambos progenitores sólo pueden efectuar sus vacaciones estivales en el mes de agosto, ello comportaría que en cada anualidad uno de los dos padres no podría permanecer ni estar ocioso con su hija ni un solo día de este mes, por lo que, teniendo en cuenta la edad de ésta y especialmente en base a la propia voluntad de los progenitores plasmada en su día en el convenio regulador de su ruptura, se estima lo más adecuado y conveniente para la niña, que sus vacaciones, durante los meses de julio y agosto, sigan distribuidas y repartidas en períodos de quince días, tal como acordaron los hoy litigantes, a los efectos de que no permanezca tanto tiempo seguido con uno de ellos sin ver al otro progenitor, dejando así subsistente, por el momento, el régimen de visitas acordado; ello, sin perjuicio, lógicamente, de que si se produjera una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, pueda cualquiera de ellos solicitar su modificación en trámite de ejecución de sentencia, teniendo siempre presente, no obstante, el interés de la niña, que –y ello no se puede olvidar, ni ignorar– es, en cualquier situación, el prevalente y el más digno de protección –p.^o del *favor filii*–

RÉGIMEN DE VISITAS

Se desestima la petición del padre de reducir el período de vacaciones a diez días por razones de su actividad laboral en dicho período.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

Frente a los pronunciamientos de la sentencia de instancia, se alzan ambos progenitores en litigio, así como el Ministerio Fiscal; solicitando el padre

demandante, como concretos motivos de su apelación: a) la flexibilización y la reducción del régimen de visitas padre-hijos, especialmente en el período

de vacaciones estivales que solicita que se minore a diez días, por razones de su actividad laboral en dicho período temporal; y b) la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia de sus hijos fijada a su cargo, con fundamento en que han disminuido sus ingresos y en que ha tenido un nuevo hijo con su actual pareja; mientras que la madre demandada, como motivos de su recurso, peticona: a) el aumento del régimen de visitas padre-hijos y en concreto que se fijen dos días intersemanales con pernocta y la mitad de las vacaciones escolares de verano de los menores; y b) el incremento del *quantum* de la pensión alimenticia de los hijos comunes del matrimonio, en base a la considerable patología que sufre el hijo pequeño, Benedicto, lo que comporta que precise más atenciones y cuidados, y, por tanto, que deba soportar mayores. Finalmente, el Ministerio Fiscal impugna asimismo la mentada resolución por lo que respecta a la medida relativa al régimen de visitas padre-hijos, postulando que se incluyan, al igual que en la sentencia de separación conyugal de las mismas partes, dos días entre semana, en que el padre podrá recoger a los menores del colegio para acompañarlos a casa, siempre que se comunique a la madre previamente y no interfiera en ninguna actividad realizada por los menores, tal como el propio progenitor solicitó en el escrito rector de la *litis*. Cada uno de los apelantes se opone al contenido del recurso interpuesto por el otro y el padre asimismo a la impugnación formulada por el Ministerio Público.

Planteadas así la problemática litigiosa en esta alzada, es de señalar, con carácter previo, que los efectos dimanantes de la separación, nulidad o divorcio que afectan a menores de edad, deben fijarse siempre en interés de los mismos, con independencia incluso de lo pedido por las partes en litigio, lo cual no vincula en absoluto al órgano jurisdiccional, por tratarse de cuestiones de orden público, según resulta de una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, siendo de destacar, entre otras muchas sobre el particular, las Sentencias de 2 de mayo de 1983 del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 1984 del Tribunal Constitucional y de 11 de diciembre de 1985, 28 de febrero, 7 de julio y 28 de octubre de 1986 y 28 de febrero de 1987 de la extinta Audiencia Territorial de Barcelona, y por tanto, acorde con esta consolidada jurisprudencia, coincidente con el criterio recogido por todas las Audiencias Provinciales, no puede reputarse incongruente la sentencia que establece las medidas en función del principio del *favor filii* o *favor minoris*, pues si bien, tal como proclaman las mentadas resoluciones, el principio de congruencia es de inexcusable aplicación en las peticiones de separación, nulidad o divorcio y en las medidas afectantes exclusivamente a los cónyuges y a los

hijos mayores de edad, en lo concerniente a las medidas relativas a hijos menores de edad, debido al carácter tutelable de oficio, de ahí la necesaria intervención del Ministerio Fiscal, el órgano jurisdiccional no precisa sujetarse a los pedimentos de las partes, ya que, en cuanto a los efectos aludidos, no rige en modo alguno el principio de prohibición de la *mutatio libeli*.

Sentado lo precedente, el Tribunal quiere destacar, ante todo, que la sentencia apelada realiza un correcto estudio de las cuestiones aquí controvertidas, habiendo sido las mismas resueltas por la Juez *a quo* con sumo acierto y desde un prisma totalmente lógico y coherente con el contexto de hechos concurrentes, aunque ello no es óbice para que la Sala, en cumplimiento de su función revisora, analice y examine nuevamente las medidas impugnadas por sendos recurrentes y por el Ministerio Fiscal, y así por lo que respecta a la primera de ellas, cuestionada por los tres intervinientes en el proceso, esto es, la relativa al régimen de visitas y comunicación establecido entre los menores y su progenitor, se estima totalmente adecuado el fijado en la resolución apelada, pues, atendiendo a las circunstancias concurrentes y singularmente a la patología que padece el menor de los tres hijos, Benedicto –autismo grave e hiperactividad (que según los psicólogos precisa de unas pautas fijas y estables de atención y cuidado, que si no se cumplen de forma rigurosa, pueden perjudicarle en gran manera)–, y a las posibilidades del padre en función de su trabajo entre España e Italia, estima el establecido por la Juzgadora de Instancia, totalmente correcto y ajustado a la realidad, con el fin de lograr el adecuado y pleno desarrollo integral de los menores, ya que la Sala, coincide con aquella, en que un régimen intersemanal flexible como el fijado en la sentencia de separación conyugal, atendida la situación actual, es de muy difícil cumplimiento por parte del progenitor no custodio, amén de que si el mismo no llegare a realizarse de forma rigurosa podría representar un evidente perjuicio para el hijo Benedicto.

Pero es más y ello se indica *ex abundantia*, la madre no puede solicitar una ampliación de tal régimen para el padre de los menores, ya que ella no es precisamente la titular de este derecho-deber, que corresponde en exclusiva al progenitor no custodio –a quien no se le puede imponer que profese mayor cariño y afecto hacia sus hijos–, y no puede obviarse que éste no sólo no ha solicitado la ampliación de aquél, sino, cual antes se ha mencionado, su confirmación en el particular relativo al no establecimiento de días intersemanales, además de la reducción del régimen de visitas en el período vacacional de verano –a diez días–, lo que, en cuanto a esta última pretensión, en modo alguno puede prosperar, pues

si bien la mitad de las vacaciones escolares de los menores se estima excesiva en función del trabajo del padre en los meses de verano, si que se considera indispensable que los hijos permanezcan con él durante el período de un mes, en los términos expuestos en la sentencia de instancia, por cuanto es beneficioso para los menores tener comunicación y contacto continuado con el progenitor no custodio, aparte de que la madre también precisa de un período de ocio y de descanso anual –30 días, como la mayoría de las personas–, máxime cuando durante

el resto del año debe cuidar y atender no sólo de sus hijas –Sonia y Araceli, de 14 y 11 años de edad en la actualidad–, sino también y fundamentalmente del hijo Benedicto, que cuenta ahora con 8 años de edad–, quien, como también se ha apuntado, padece autismo grave e hiperactividad.

Corolario de lo hasta aquí expuesto es la desestimación en tal particular de sendos recursos formulados por los dos progenitores y por el Ministerio Fiscal y la plena ratificación de dicha medida de la resolución impugnada.

RÉGIMEN DE VISITAS

El interés del menor aconseja que se le recoja y se le entregue por el progenitor que ejerce la visita en la vivienda del que tiene la custodia y sólo, excepcionalmente, sería oportuno adoptar otro criterio en el supuesto de que, con ocasión de aquéllas, se produzcan situaciones conflictivas ya sea por enfrentamiento directo de los progenitores u otros familiares.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Muñiz Díez

La única cuestión sometida a examen en esta alzada por parte del padre está relacionada con la realización de las visitas del hijo fijado en su favor al pretender aquél que la entrega y recogida del menor en las fechas señaladas se lleve a efecto en dependencias del Centro Aprome a fin de evitar que se produzcan situaciones conflictivas entre los progenitores.

Debe comenzar recordándose que constituye criterio preferente en la adopción de cuantas medidas puedan afectar a los hijos menores, el interés supremo del menor, *favor minoris*. El principio de protección del menor que se consagra en el artículo 39.2 de la Constitución, a tenor del cual «los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos», tiene su reflejo en el artículo 92, párrafo segundo, del Código Civil que dispone que las medidas a adoptar en relación con los hijos del matrimonio lo habrán de ser desde la óptica de su beneficio, y no, por tanto, del interés de sus progenitores o alguno de ellos.

Dicho lo anterior, es claro que el interés del menor aconseja que se le recoja y se le entregue por el progenitor que ejerce la visita en la vivienda del que tiene la custodia y sólo, excepcionalmente,

sería oportuno adoptar otro criterio en el supuesto de que, con ocasión de aquéllas, se produzcan situaciones conflictivas ya sea por enfrentamiento directo de los progenitores u otros familiares, creando situaciones que pudieran poner en peligro o repercutir negativamente en el desarrollo y estabilidad emocional del menor. Pues bien, en el momento actual y según resulta de lo manifestado en el acto del juicio por la propia madre y por la testigo doña Mari Juana, hermana del padre, y superada una conflictividad inicial, tales circunstancias no concurren, sin perjuicio de algún episodio ocasional. En consecuencia, no se aprecia existan razones objetivas que induzcan a este Tribunal, en interés y beneficio del menor, a rectificar la medida acordada en la sentencia recurrida por lo que la misma debe ser mantenida, con desestimación del recurso interpuesto y no sin antes recordar, como dice la SAP de Barcelona de 4 de marzo de 1998, que «a los padres les corresponde solucionar con la menor actitud posible, y bajo un espíritu de concordia y consenso, las pequeñas incidencias o problemas que puedan surgir en el cumplimiento del régimen de visitas, por el interés de los propios hijos».

RÉGIMEN DE VISITAS

La incomunicación temporal de la hija con el padre no constituye, por sí solo, motivo para suspender el derecho recíproco de ambos, sino, por el contrario, para propiciar, si bien de modo paulatino y progresivo, las visitas.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Asumiendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, impugna la parte apelante el que se refiere a las comunicaciones paterno-filiales, suplicando de la Sala que no se establezca régimen de visitas en favor del progenitor no custodio.

En apoyo de dicho *petitum* revocatorio, la dirección Letrada de la recurrente alega, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que don Joaquín no ha solicitado ver a la hija hasta transcurrido un año desde la ruptura convivencial de los litigantes, lo que ha originado una situación de completo desarraigo en la relación de la menor con su padre, dada la corta edad de la misma. Se añade que los Puntos de Encuentro, más que fomentar las relaciones paterno-filiales, suponen un elemento de inestabilidad psicológica para los menores sometidos a este deambular por dichas instituciones.

Pretensión que encuentra la frontal oposición de la contraparte y del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

El Tribunal Supremo ha venido declarando, de modo reiterado, que la acción procesal, y por lo mismo todo recurso a la jurisdicción, ha de estar sostenida 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 la misma todas sus pretensiones (Sentencias, entre otras, de 21 de junio de 1943, 28 de octubre de 1971, 25 de octubre de 1982, 11 de diciembre de 1985 y 1 de febrero de 1990).

Tal doctrina ha sido recogida de modo expreso por el artículo 448 de la Ley 1/2000 que, bajo la rúbrica «del derecho a recurrir», dispone que contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley; previsión que, *a contrario sensu*, excluye toda posibilidad impugnatoria en el supuesto de que la resolución judicial haya acogido la pretensión de quien, de modo incoherente y no

exento de mala fe, trata de recurrir una medida que se acomoda a lo postulado por dicho litigante.

En el supuesto que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, la parte demandada, hoy apelante, aunque en su escrito de contestación se opuso, a través de su dirección Letrada, al establecimiento de un régimen de comunicaciones entre la común descendiente y el padre, sobre la alegada base del consumo de estupefacientes por el mismo, «que le incapacita para el cuidado de la menor», sin embargo, en el acto de la vista celebrado en la instancia, la propia Sra. Sofía manifestó, por tres veces (*vid*, minutos 8,30, 9,30 y 18,30 de la grabación de tal acto), estar conforme con que el Sr. Joaquín pueda a ver a su hija en el Punto de Encuentro, lo que así acaba recogiendo, de modo congruente con el final planteamiento coincidente de ambas partes, en la sentencia recurrida.

De otro lado, la incomunicación temporal de la hija con el padre no constituye, por sí solo, motivo para suspender el derecho recíproco de ambos, sino, por el contrario, para propiciar, si bien de modo paulatino y progresivo, tal como se recoge en la resolución impugnada, las citadas relaciones, dado que las mismas constituyen un factor de decisiva importancia para el desarrollo del sujeto infantil al que, sin culpa suya, se le ha privado, en su vida cotidiana, de la presencia conjunta y armónica de quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo.

Finalmente han de calificarse de absolutamente gratuitas, en cuanto desconocen el funcionamiento de los Puntos de Encuentro y los resultados que los mismos pueden obtenerse, las alegaciones vertidas por la dirección Letrada de la parte apelante sobre la inestabilidad psicológica que provoca la estancia de los menores en dichos centros.

Razones todas ellas que determinan el rechazo del inconsistente recurso articulado.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque se trate de una niña de corta edad y su padre no haya tenido contacto con ella desde hace tres años, esta circunstancia no determina por sí sola la existencia de peligro alguno para la salud física o psíquica de la menor que justifique la suspensión del régimen de comunicación.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Márquez Romero

Como hemos declarado en reiteradas ocasiones cualquier medida que se adopte respecto de los hijos menores del matrimonio ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué sea más favorable para el menor (*favor filii*), y por lo tanto prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores, y en el presente caso tras el examen y valoración de la prueba practicada en la primera instancia y lo alegado en los escritos de interposición e impugnación del recurso no puede la Sala sino compartir el criterio del juzgador de instancia en lo relativo a la fijación del régimen de visitas, siendo reiterada la jurisprudencia que declara que el derecho de los menores de relacionarse con su progenitor no custodio no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992, 22 de mayo y 21 de julio de 1993) pues el artículo 160 del CC en cuan-

to establece el derecho del padre o de la madre a relacionarse con sus hijos es precepto imperativo al declarar que no podrán impedirse o limitarse las relaciones personales sin justa causa y, en el presente caso, aunque se trate de una niña de corta edad, nacida el 20 de febrero de 2000, y su padre no haya tenido contacto con la menor desde hace tres años, es necesario y conveniente para la menor mantener contactos con la figura de su progenitor no custodio en orden a un adecuado desarrollo emocional, afectivo y psicológico; el hecho de la falta de relación del padre con la menor no determina por sí solo la existencia de peligro alguno para la salud física o psíquica de la menor que justifique la suspensión del régimen de comunicación con su padre determinando por el contrario el establecimiento de un régimen controlado en el punto de encuentro y progresivo previo informe de los especialistas del punto de encuentro sobre el desarrollo y evolución de los contactos entre el padre y la menor. Determinando el paso de una a otra de las fases previstas en la ejecución de régimen fijado la realización de informes técnicos que aconsejen la progresión en dicho régimen.

VIVIENDA FAMILIAR

En contraprestación al uso que se atribuye al esposo y en tanto en cuanto no se proceda a la liquidación del régimen económico del matrimonio, aquél satisfará de su peculio exclusivo la amortización del préstamo hipotecario, sin posibilidad de incluir tales sumas como crédito contra la sociedad de gananciales.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

En cuanto a la atribución del uso de la vivienda conyugal, por la que se abona una cuota mensual de 480 euros, que satisface el demandado, procede igualmente mantener la sentencia apelada, en cuanto se la atribuye al mismo, que vive en ella desde la separación de hecho del matrimonio, ahora bien,

en contraprestación a tal uso y en tanto en cuanto no se proceda a la liquidación del régimen económico del matrimonio, el demandado satisfará de su peculio exclusivo la amortización del préstamo hipotecario, sin posibilidad de incluir tales sumas como crédito contra la sociedad de gananciales.

VIVIENDA FAMILIAR

No puede accederse a la petición que efectúa el esposo en cuanto a que atribuido el uso de la vivienda familiar a la ex esposa, ésta debe pagar las cuotas del préstamo hipotecario hasta el momento en que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que han de ser satisfechas por mitad entre ambos cónyuges.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Alfredo Caballero Gea

La parte recurrente, don Ángel Daniel, básicamente estima que, atribuido el uso de la vivienda familiar a la ex esposa, éste debe pagar las cuotas del préstamo hipotecario hasta el momento en que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales.

La Sentencia recurrida determina, correctamente, que cada cónyuge está obligado a contribuir por mitad de dicho pago.

Las anualidades que restan del pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, han de ser satisfechas por mitad por ambos cónyuges, toda vez que la amortización de la misma constituye una carga del matrimonio, según criterio reiterado y pacífico de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (SSTS de 18 de febrero, 20 de marzo y 10 de abril de 2000, 18 de enero de 2001, 25 de enero, 18 de febrero, 20 de mayo y 5 de junio de 2002 y 22 y 29 de abril de 2003, entre otras muchas sobre el particular).

VIVIENDA FAMILIAR

Nos encontramos con una vivienda propiedad de ambas partes pero que en modo alguno ha constituido la vivienda familiar, ya que nunca han vivido en ella la pareja junta, ni la hija común, por lo que independientemente de los derechos que existan sobre ésta, y que deberán ser dilucidados en otro procedimiento, no procede en el actual hacer mención alguna acerca de la atribución de dicha vivienda a ninguno de los implicados.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Ercilla Labarta

Se plantea en primer lugar por el apelante don Benito, la improcedencia de atribución a la demandada de la vivienda propiedad de ambos por no tener el carácter de vivienda o domicilio familiar. Efectivamente la ley hace referencia a la atribución al cónyuge, lo cual es aplicable también a las parejas de hecho, en cuya compañía y custodia queden los hijos comunes, del uso de la vivienda familiar, lo que plantea la cuestión de determinar si existe o no dicha vivienda familiar, o caso de haber varias cuál de ellas tiene dicho concepto. Con carácter general, la doctrina ha estudiado dicha figura, indicando que «el domicilio familiar es el lugar de residencia habitual de los cónyuges en el que ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones, tanto las patrimoniales

como las derivadas de la relación conyugal y, especialmente, su deber de vivir juntos (artículo 68 Código Civil)» añadiendo también en este punto que debe entenderse por ésta, «la que, en el momento inmediatamente anterior a producirse el cese efectivo de la convivencia, residían de forma permanente y estable, ambos en compañía, en su caso, de los hijos». En el presente supuesto consta acreditado que ambos adquirieron la vivienda objeto de discusión pro indiviso entre ambos, pero la misma nunca ha sido habitada por ellos, como reconoce la propia demandada al responder a las preguntas del letrado de la contraparte indicando que efectivamente cuando tuvieron la hija común, el actor le propuso irse a vivir juntos a la referida vivienda, negándose

ella pues entendía que hasta que estuviesen casados no procedía que viviesen juntos. Por tanto nos encontramos con una vivienda propiedad de ambas partes pero que en modo alguno ha constituido la vivienda familiar, ya que nunca han vivido en ella la pareja junta, ni la hija común, por lo que indepen-

dientemente de los derechos que existan sobre la misma, y que deberán ser dilucidados en otro procedimiento, no procede en el actual hacer mención alguna acerca de la atribución de dicha vivienda a ninguno de los implicados, rigiéndose la misma por las normas generales de la copropiedad.

VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta que la hija tiene 20 años de edad, el plazo de atribución del uso por cinco años que ha concedido el juzgador *a quo* resulta ponderado. Una vez transcurrido dicho lapso de tiempo, en el que la hija ha de haber completado su formación y adquirido independencia económica, lo procedente es la atribución del uso a ambos cotitulares por períodos de seis meses cada uno.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Inmaculada Suárez Bárcena Florencio

Resulta que del matrimonio que en su día contrajeron ambos litigantes nació una hija, María Ángeles, que cuenta en la actualidad con una edad de 20 años, la cual desde que los cónyuges se separaron de hecho quedó en el domicilio familiar en compañía de su madre, hija que, recientemente, ha dado a luz un bebé, nieto por tanto de ambos litigantes, que convive también en el que fue domicilio familiar ya que su madre carece de independencia económica, pues no trabaja y se encuentra cursando estudios, habiendo tan sólo dejado de estudiar durante el tiempo del embarazo, estudios a los que se ha reincorporado tras dar a luz, y así resulta acreditado, no sólo porque así lo ha reconocido el propio Señor José Carlos y María Ángeles, sino también porque en el acto del juicio la parte actora aportó como documentos la inscripción o matrícula de María Ángeles en segundo de bachillerato en el Instituto de Enseñanza Secundaria Mare Nostrum y una solicitud de admisión en el Instituto de antes de quedarse embarazada, es decir, en el año 2006, lo que acredita que la intención de María Ángeles es proseguir con sus estudios y completar su formación, lo que por otra parte resulta lógico, dada la edad con la que cuenta, no muy elevada, y la responsabilidad adquirida con el nacimiento de su bebé que, lógicamente, deben impulsarla en su deseo de completar su formación, para así poder, en el futuro, incorporarse al mercado laboral en mejores condiciones y obtener ingresos con los que atender a las necesidades de su hijo; estos documentos no fueron impugnados por el Señor José Carlos, el cual, en el propio acto de la vista,

como puede comprobarse por el visionado del acto grabado en el soporte audiovisual correspondiente, no sólo no impugnó dichos documentos, sino que reconoció que su hija en la actualidad estaba estudiando y que cursaba segundo de bachillerato. De ello se concluye, sin género de duda alguna, que la hija común de ambos litigantes, aún mayor de edad, no goza de independencia económica respecto de sus progenitores, de los cuales depende para subsistir y cursa estudios, respecto de los cuales no consta que no lo sean con buen aprovechamiento de la misma, por lo cual, y ante el hecho de que la misma reside en el que fue domicilio familiar, desde la separación de hecho de sus padres, en compañía de la madre, resulta claro que, por aplicación del contenido del artículo 96 del Código Civil, y dejando al margen cualquier consideración sobre cuál sea el interés más necesitado de protección, que sólo se impone, como ya se ha dicho, para aquellos supuestos en los que no haya hijos comunes o éstos estén emancipados y sean mayores de edad y con independencia económica, procede atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre e hija que con ella convive. Ahora bien, ya se ha dicho que una atribución indefinida de tal derecho de uso podría conllevar una injusta lesión de los derechos del cotitular no usuario, por lo que, en cada caso, habrá de analizarse las circunstancias concurrentes en orden a resolver sobre la atribución del uso, más en el caso de autos, en el cual la hija goza de 20 años de edad, lo que hace concluir que el plazo de cinco años de atribución que ha concedido el juzgador *a quo*, en orden a la atribución del uso,

resulta ponderado, por cuanto que ese plazo es más que suficiente para que María Ángeles complete su formación académica y se incorpore al mercado laboral, más aun cuando tiene a su cargo un hijo al que ha de proveer en todas sus necesidades. Una vez transcurrido dicho lapso de cinco años, en el que María Ángeles ha de haber completado su formación y adquirido independencia económica, lo procedente es la atribución del uso a ambos cotitulares por períodos de seis meses cada uno, pues frente a ese pronunciamiento de la Sentencia no ha recurrido ni el demandado apelante, que en el suplico de su recurso de apelación pide sólo que

se deje «sin efecto la adjudicación por cinco años a la actora del domicilio conyugal...» y en la alegación primera manifiesta «La primera, por la que se adjudica la misma para que sea ocupada por las partes por semestres alternos, lo que es de derecho, pues los interesados no llegaron a ningún acuerdo para dicha adjudicación». Con lo cual viene a mostrar su conformidad en cuanto a dicho pronunciamiento de la Sentencia de instancia, ni por la parte actora, que no ha formulado recurso alguno contra la misma, por lo que la Sentencia ha de ser confirmada en cuanto a estos extremos.

VIVIENDA FAMILIAR

El artículo 96 del CC no impide que otros inmuebles de los que sean titulares los cónyuges se atribuyan a uno u otro para su administración. Así lo prevé expresamente el artículo 103.4.^a sobre entrega de bienes comunes y su administración, la falta de regulación judicial de su administración y uso puede provocar situaciones de conflicto entre éstos, en los que prevalecería, no el ordenamiento jurídico en los términos recogidos en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sino factores de prevalencia física o psicológica de uno respecto del otro.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

El debate litigioso en esta alzada ha quedado constreñido a la asignación del uso de la vivienda sita en la localidad de Viso del Marqués que, reclamado por el actor, es denegado en la sentencia de instancia, bajo el argumento de que dicho inmueble no constituye el domicilio familiar, pues contra tal pronunciamiento se alza aquél, solicitando de la Sala que se le atribuya el referido derecho, pretensión que encuentra la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

Si bien es cierto, como late en el fondo de lo argumentado en la sentencia recurrida, que el artículo 96 del Código Civil sólo regula la atribución del uso de la vivienda familiar, habiendo de entenderse por tal la que ha venido constituyendo la sede habitual de la vida conyugal con anterioridad a la ruptura de la convivencia de los esposos, no es menos cierto, como viene manteniendo esta Sala, que el referido precepto no impide, en modo alguno, que otros inmuebles de los que sean titulares los cónyuges se atribuyan a uno u otro

para su administración. Así lo prevé expresamente el artículo 103.4.^a sobre entrega de bienes comunes y administración de los mismos, medida que, aun regulada legalmente con carácter provisional, puede prorrogar su vigencia en el procedimiento principal, conforme a lo prevenido en el artículo 91, en tanto no se liquide el patrimonio común, y a expensas de lo que en tal momento se acuerde sobre el destino definitivo de tal inmueble. Dicha solución, viable cualquiera que fuere el destino que en principio el adjudicatario de la administración quiera dar al inmueble, se refuerza aún más, e inclusive se hace casi ineludible, cuando la finalidad perseguida es la de cubrir las necesidades de alojamiento de quien, por imperativos del artículo 96, ha de salir del domicilio conyugal, no pudiendo quedar desamparado su derecho a ocupar una vivienda digna, que consagra el artículo 47 de la Constitución Española, cuando en el patrimonio familiar existe algún otro inmueble susceptible de cubrir la referida finalidad.

En el supuesto analizado, habiendo de presumirse el carácter ganancial del antedicho inmueble (artículo 1361 CC), sin perjuicio de lo que al respecto pueda resolverse en el correspondiente procedimiento liquidatorio, es lo cierto que la falta de regulación judicial de su administración y uso, no obstante lo postulado, en sentido antagónico, por uno y otro cónyuge, puede provocar, en primer lugar, situaciones de conflicto entre los mismos, en los que prevalecería, no el ordenamiento jurídico en los términos recogidos en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sino factores de prevalencia física o psicológica de uno respecto del otro. Igualmente el referido criterio decisorio implica el dejar desamparado, en orden a la cobertura de sus necesidades cotidianas de alojamiento, a quien ha de salir, de conformidad con lo acordado en la

sentencia, del domicilio familiar, no disponiendo, a tal fin, de otras alternativas, pues, como ha quedado acreditado, el inmueble del que don Francisco es titular privativo viene ocupado por un hijo del mismo y su familia, sin que se haya demostrado, pues ni siquiera se le formuló pregunta alguna al respecto, que tal vivienda ofrezca condiciones, por razones de espacio, para el alojamiento añadido de aquél, así como tampoco la relaciones que el mismo mantenga con el citado grupo familiar, en orden una posible convivencia en tal entorno.

Razones que hacen prosperar la pretensión revocatoria al efecto deducida, sin perjuicio del destino definitivo que al inmueble objeto de debate haya de dársele en las operaciones liquidatorias del patrimonio común.

VIVIENDA FAMILIAR

Se desestima la demanda de desahucio por precario, ya que aunque no conste un plazo de duración de la cesión si está claro que con ella se quería dar el uso específico de hogar familiar del matrimonio y los descendientes del hijo de los propietarios, esa finalidad se seguirá cumpliendo aunque se haya producido la crisis conyugal lo cual excluye la situación de precario.

AP ALICANTE, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Teresa Serra Abarca

Contra la sentencia que desestima la demanda de desahucio por precario se alza la actora alegando en síntesis, que concurre el supuesto de hecho para apreciar el desahucio, en primer lugar por la carencia de título de la demandada al ocupar la vivienda, que no lo ostenta por la atribución de la vivienda familiar en la sentencia de separación. En segundo lugar argumenta que no consta probado que las partes pactaran un contrato de comodato de uso, ni un plazo o duración determinada, transcribiendo jurisprudencia en apoyo de sus alegaciones, entre otras Sentencia de esta Sala de fecha 13 de abril de 2005.

Los motivos del recurso no pueden tener favorable acogida, pues es doctrina reiterada de esta Sala recogida en sentencia núm. 98 de fecha 28 de febrero de 2006, que reproducimos «La situación que se plantea es relativamente frecuente y está caracterizada por la atribución a uno de los cónyuges en resolución recaída en procesos de separación o divorcio, de una vivienda que no es propiedad de

la persona que tiene concedido el uso como ocurre ahora en que la misma es de los padres –actores– del hijo separado de la demandada. Aunque la doctrina que al efecto ha mantenido el Tribunal Supremo ha tenido una inicial fase caracterizada por la defensa del derecho de propiedad, desde su Sentencia de 2 de diciembre de 1992 establece un cuerpo de doctrina que se consolida, entre otras por Sentencia de 18 de octubre de 1994 en el sentido de excluir estas situaciones del ámbito del precario... Pero la entrada y permanencia del hijo y la esposa en la vivienda de los padres se explica con la figura jurídica del comodato en cuanto si bien no se estableció plazo de uso la cesión se hace para hogar familiar de forma que la ocupación está condicionada a la subsistencia del fin que originariamente se tuvo en cuenta para hacer la cesión, y esa finalidad de hogar familiar no desaparece aunque se haya producido para alojar a la familia aunque ya –por la separación– no la integre uno de sus miembros.

De cuanto queda dicho debe concluirse que no constando un plazo de duración de la cesión pero que con la misma se quería dar el uso específico de hogar familiar del matrimonio y los descendientes del hijo de los propietarios, esa finalidad se seguirá cumpliendo aunque está producida la crisis conyugal lo cual excluye la situación de precario, y al constituir un comodato o préstamo de uso, los propietarios únicamente pueden reclamar la vivienda en caso de urgente necesidad.»

En el supuesto que nos ocupa, es admitido por ambas partes que la vivienda fue cedida para el uso como domicilio familiar, esto es el hijo de la hoy demandante, su mujer y tres hijos, en mayo de 1996, con anterioridad a la sentencia de separación

de fecha 23 de noviembre de 2000. Por otro lado no acredita la parte actora la causa de necesidad alegada en la demanda ni que haya desaparecido la finalidad de la cesión, esto es, para que sirviera de hogar familiar.

No es vinculante la Sentencia de esta Sala de fecha de 13 de abril de 2005, alegada en el recurso, pues no recoge un supuesto similar, dado que en aquel procedimiento no se acreditaba que en el proceso seguido por el juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elda la vivienda fuera el domicilio familiar, ni constaba la existencia de una resolución judicial de atribución de uso de esa vivienda a uno de los progenitores.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La falta de aplicación a sus estudios por parte de la actora, que cuenta con 27 años de edad, es tan evidente, que un simple examen de su expediente personal demuestra una notoria falta de interés por los estudios cursados; durante seis años sólo ha aprobado 5 asignaturas, todo ello demuestra que no puede reclamar ayuda para sus estudios quien no está dispuesta a estudiar, pues sin tal requisito pierde el derecho que le brinda le Ley.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, radica en la reclamación de alimentos provisionales, que es formulada por la actora doña Leonor contra su padre don Ignacio, con fundamento en que la misma está realizando estudios universitarios de Biología en la Universidad de Santiago de Compostela, careciendo de ingresos propios para satisfacer la estancia en dicha localidad a los efectos de cursar tales estudios. Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia de Negreira, en la que estimando parcialmente la demandada condenó al demandado a satisfacer a la actora la suma de 120 euros al mes, pronunciando juicio judicial contra el que se alza el actor interesando la desestimación de la demanda.

Tal y como viene expuesta la demanda, la actora, que cuenta en la actualidad con 27 años de edad, requiere la ayuda de su padre para atender a sus necesidades de instrucción, al hallarse cursando su carrera universitaria en Santiago, lo que exige contar con recursos económicos de los que carece,

por lo que insta que los mismos sean abonados o al menos contribuya a su satisfacción el demandado, lo que así reconoce la sentencia apelada. La razón por mor de la cual la actora exige dicha prestación alimenticia resulta, pues, exteriorizada en los términos expuestos.

No albergamos duda que dentro de la pensión de alimentos se comprenden, en la dicción normativa del artículo 142 del CC, «la educación e instrucción del alimentista mientras que sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable»; por consiguiente, la ley prevé que la mentada obligación se extienda más allá de la mayoría de edad, en tanto en cuanto es un hecho sociológico notorio, que la formación de los jóvenes se prolonga y es compleja para su incorporación a un mundo laboral cada vez más competitivo; pero para que tal obligación sea jurídicamente exigible es preciso que el reclamante actúe lealmente a través de una normal aplicación a sus estudios, en definitiva que colabore por su parte en su propio proceso formativo.

Pues bien, ese requisito es el que no se da en el presente caso. La falta de aplicación a sus estudios por parte de la actora, que cuenta con 27 años de edad, es tan evidente, que un simple examen de su expediente personal demuestra una notoria falta de interés por los estudios cursados.

No es de recibo que lleve matriculada en la Facultad de Biología desde el curso 2000-2001 y hasta el mes de julio de 2006, es decir durante seis años sólo haya aprobado 5 asignaturas, o dicho de otra forma de los 180 créditos del primer ciclo de licenciatura sólo superó 40,50 créditos y ninguno de los 120 créditos del segundo ciclo, siendo desolador la contemplación del mismo en cuanto a asignaturas no presentadas y suspendidas.

Todo ello demuestra que no puede reclamar ayuda para sus estudios quien no está dispuesta a estudiar, pues sin tal requisito pierde el derecho que le brinda la Ley.

El propio artículo 152.5 del CC establece como causa de extinción de los alimentos que el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta

o falta de aplicación al trabajo, mientras subsista la causa. Y, en el supuesto presente, la falta de aplicación a los estudios por la actora es evidente.

Como reza la STS de 1 de marzo de 2001, la reclamación de alimentos no abarca las situaciones de parasitismo social.

Si la actora quiere cursar sus estudios lo ha de demostrar haciendo el esfuerzo correspondiente y si ése no es su deseo intentar incorporarse al mundo laboral, solamente cuando resulte imposible el acceso al mismo, por causa que no le sea imputable, es cuando puede reclamar dichos alimentos, pero careciendo del derecho para disfrutar de una vida universitaria si no se tiene una real intención de estudiar. No se ha alegado razón alguna, mínimamente convincente de su falta de aplicación.

Por todas las razones expuestas, el recurso de apelación ha de ser estimado y la sentencia de instancia revocada con imposición a la actora de las costas procesales de primera instancia por mor de lo normado en el artículo 394 de la LEC.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No puede reclamarse en un proceso de ejecución de título judicial cantidad alguna por gastos extraordinarios si en la sentencia de divorcio, ratificatoria de las medidas acordadas en la precedente sentencia de separación, no se contiene pronunciamiento condenatorio al abono de un porcentaje de los gastos, sin perjuicio de que la ejecutante pueda iniciar un proceso declarativo.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 17 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

El título judicial en que se apoya la demanda ejecutiva está constituido por la sentencia de divorcio de 17 de enero de 2006, que ratificó las medidas personales y patrimoniales aprobadas en la precedente sentencia de separación, que a su vez homologó el acuerdo al que los cónyuges llegaron el 18 de marzo de 2003.

Dicho título judicial no contiene un pronunciamiento de condena que imponga al Sr. Plácido la obligación de abonar, en concepto de gastos extraordinarios de carácter sanitario o formativo, cantidades distintas de las satisfechas en concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos menores del matrimonio disuelto.

Cierto es que, en apariencia, los gastos cuyo abono en un 50% pretende la ejecutante Sra. Lucía revisten el carácter de extraordinarios, en cuanto

son episódicos, ocasionales y no habituales. Sin embargo, la tutela ejecutiva que se pretende ha de estar en relación con el título ejecutivo que se aporta, de manera que no puede reclamarse en un proceso de ejecución de título judicial cantidad alguna por gastos extraordinarios si en la sentencia de divorcio, ratificatoria de las medidas acordadas en la precedente sentencia de separación, no se contiene pronunciamiento condenatorio al abono de un porcentaje de los mismos, sin perjuicio de que la ejecutante pueda iniciar un proceso declarativo para obtener la condena del progenitor no custodio de los hijos menores al pago del 50% de los gastos extraordinarios sanitarios y formativos.

En definitiva, y aunque la obligación de contribuir a los gastos extraordinarios mediante el abono de la mitad de su importe deba imponerse en todo

caso a cada uno de los progenitores por versar sobre las necesidades de los menores, la acción ejecutiva ejercitada necesariamente ha de corresponderse con el título judicial en que se funda, y éste no con-

tiene pronunciamiento alguno relativo a los gastos extraordinarios, sin que el principio de economía procesal pueda justificar una vulneración de normas rectoras del proceso de ejecución.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se acuerda la extinción de la pensión alimenticia pues la situación de necesidad ha sido creada deliberadamente por el propio alimentista al cesar voluntariamente en la relación laboral que venía desarrollando con el pretexto de continuar sus estudios.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier Antón Guijarro

Se recurre finalmente por la madre doña Trinidad la Sentencia en lo atinente al pronunciamiento de supresión de los alimentos a favor del hijo mayor de edad Marco Antonio, de 21 años, alegando la recurrente que los trabajos que aquél venía desempeñando eran de carácter temporal de tal manera que al día del recurso ya han cesado, dedicándose en la actualidad Marco Antonio en exclusiva a sus estudios. Aporta además, junto con su escrito de interposición del recurso y en acreditación de lo alegado, un documento firmado por el propio Marco Antonio con fecha 1 de octubre de 2006 y dirigido a la empresa en la que venía realizando la actividad de formación como ayudante de camarero, en el que expone su deseo de causar baja voluntaria en la empresa y extinguir la relación laboral que mantenían. Se trata por lo tanto de un documento confeccionado seis días después de la fecha de la Sentencia que acordaba suprimir la pensión de alimentos a su favor al entender que así lo aconsejaban los ingresos que percibía en aquella empresa por importe de 650 euros mensuales con los que sufragaba sus gastos de estudio, vestido y ocio.

Planteados en tales términos la controversia, hemos de recordar que la perpetuación en el tiempo de la pensión alimenticia acordada judicialmente como medida derivada de la separación matrimonial ha sido vista con desconfianza por los Tribunales, y así la STS de 1 de marzo de 2001 señala a propósito de los hijos mayores de edad, con preparación académica y con plena capacidad física y mental que «no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un «parasitismo social». No podemos por lo tanto aceptar los argumentos vertidos por la recurrente pues aparecen basados en la situación en que deliberadamente se ha colocado el propio alimentista al cesar voluntariamente en la relación laboral que venía desarrollando con la finalidad de recobrar la pensión que se declaró extinguida, procediendo confirmar el pronunciamiento recurrido.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos de «educación» se pactaron como extraordinarios, y aunque en puridad no lo sean –artículo 259 del Código de Familia–, como afirma el apelante, la realidad es que los propios progenitores convinieron de forma expresa y, dado que las actividades extraescolares son, obviamente, gastos de educación, habrán de ser satisfechas por mitad.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

Igual suerte desestimatoria debe correr la segunda pretensión, reiterada en esta alzada, relativa a que las actividades extraescolares no deben ser abo-

nadas por mitad entre ambos progenitores, toda vez que, tras la recepción por parte del Juzgado, del convenio regulador de la separación de los

consortes hoy en litigio, que fue homologado judicialmente por sentencia de separación conyugal de fecha 3 de marzo de 2005 (folios 20 al 28 del rollo de apelación, con mención especial del folio 23 *in fine*) –y que constituye el título de ejecución–, se ha podido comprobar que, cual razona certeramente la Juzgadora de Instancia, los gastos de «educación» se pactaron como extraordinarios, y aunque en puridad no lo sean –artículo 259 del Código de Familia–, como afirma el apelante, la realidad es que los propios progenitores convinieron de forma

expresa que: «Igualment el pare abonarà la meitat de les despeses extraordinàries que es produeixin en relació als menors Marc i Laura, especialment els d'educació,...», y dado que las actividades extraescolares son, obviamente, gastos de educación, habrán de ser satisfechas por mitad entre ambos padres, como concluye la propia Juez *a quo* en la resolución impugnada, ya que, y ello no puede ignorarse, ni obviarse, lo pactado en un convenio tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y les obliga a tenor de lo acordado.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Teniendo en cuenta que el hijo ha cursado en el último año académico quinto de Medicina, estimamos que el señalamiento judicial del 20% de los haberes del progenitor, así como la mitad de los gastos extraordinarios de matrícula y libros que sean necesarios para concluir sus estudios médicos, incluido el MIR, constituye un pronunciamiento justo y ponderado.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosa Fernández Núñez

Centrada única y exclusivamente la apelación planteada por don Manuel en las prestaciones a satisfacer en favor de su hija Julieta, nacida el 12 de octubre de 1984, que en el último año académico ha cursado quinto de Medicina, estimamos que el señalamiento judicial del 20% de los haberes del progenitor, así como la mitad de los gastos extraordinarios de matrícula y libros que sean necesarios para concluir sus estudios médicos, incluido el MIR, constituye un pronunciamiento justo y ponderado, que ha de ser refrendado por el Tribunal, con desestimación de los reparos opuestos por el obligado/disidente.

Como es notorio, precisamente las etapas de formación universitaria de los hijos son las que exigen un mayor esfuerzo económico de los progenitores, que no puede obviamente desmerecer por el hecho de no haber mediado o haberse interrumpido la convivencia inicial al socaire de las crisis conyugales de aquéllos; y en el caso de Julieta, próxima a finalizar sus estudios superiores de medicina, que ha venido realizando con encomiable aprovechamiento, circunstancialmente amparada por becas y ayudas oficiales, no puede en modo alguno considerarse excesiva o desproporcionada la asignación económica del 20% de los haberes paternos, que supone unos 300,00 euros al mes, máxime si se toma en consideración la situación económica de la madre, a quien no constan otros recursos que los dimanantes de la pensión compensatoria que recibe, de modo que sus atenciones más allá del acogimien-

to en la que fuera vivienda familiar, adquirida por la Sra. Juana, se agotarán previsiblemente en el ámbito personal, sin posibilidad de cooperación dineraria susceptible de completar la pensión del progenitor. Y en cuanto al señalamiento complementario del 50% de los gastos extraordinarios de matriculación y libros de texto necesarios hasta finalizar la hija su formación, incluido el MIR, tampoco pueden ser tachados por su desproporción, arbitrariedad o exceso, cuando por lo demás su exacción aparece condicionada a la acreditación del gasto y su importe, así como a la ausencia de cobertura mediante becas o auxilios externos de cualquier clase que pueda recibir la interesada.

Si además se toma en consideración la actitud de desprendimiento del alimentante Sr. Manuel y la vocación de asumir sin reservas sus obligaciones para con Julieta, llegando a manifestar en la instancia, a lo largo de su interrogatorio, que cuanto se dicte en favor de la misma le parecerá justo (*sic*), la conclusión adelantada, que supone en definitiva completar la preparación académica y profesional de la menor de sus hijos, ya relevado de sus obligaciones para con el resto, se abre paso sin dificultad, e inclina la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia, como al principio se adelantaba y se expresará en la parte dispositiva, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada.

PENSIÓN ALIMENTICIA

A efectos de fijar la pensión no pueden tenerse en cuenta exclusivamente las declaraciones fiscales que no suelen responder a la realidad de la explotación.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando López del Amo González

El convenio firmado y aprobado por la Sentencia de separación de 28 de noviembre de 1995 estableció la suma de 45.000 pesetas mensuales para los tres hijos y así fue ratificado por la sentencia de divorcio de 27 de noviembre de 1998. El Juez de Instancia ha elevado en la sentencia impugnada la cuantía a la cantidad reclamada por la Sra. Flora de 600 euros para cada uno de los hijos, lo que es cuestionado por el Sr. Abelardo.

Esta Sala, a la vista de la prueba practicada en autos consistente tanto en las alegaciones y manifestaciones de las partes como de la documental aportada y demás actuaciones debidamente resumidas en la propia sentencia, considera que efectivamente se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias en el Sr. Abelardo de modo que ha visto incrementada notablemente su capacidad económica derivada de la construcción de viviendas que debe tener su correspondiente repercusión en el derecho de alimentos de los hijos del primer matrimonio; ello es así a la vista de los certificados o informes de organismos públicos y del colegio de arquitectos de los que se desprende su intervención en un número de obras suficiente para deducir que no son ciertos los ingresos de 6.000 euros que pretende trasladar al convencimiento de los tribunales;

las deudas que menciona no dejan de referirse a unos importes sin la trascendencia suficiente para considerar que carece de medios para un mejor mantenimiento de los hijos; debiendo finalmente tenerse en cuenta que su actual mujer también aparece formando parte de otras sociedades y que él mismo utiliza las mismas cuentas para hacer frente tanto a sus negocios de la construcción como a sus gastos particulares de los que se desprende la disponibilidad de fondos en su propio y particular beneficio.

El demandado tenía la disponibilidad de prueba suficiente para poder acreditar que las empresas que controla de derecho o de hecho como promotor-constructor tenían unos beneficios moderados pues bien pudo aportar los libros contables de la sociedad y no lo ha hecho, no pudiendo por ello tenerse en cuenta exclusivamente sus declaraciones fiscales que no suelen responder a la realidad de la explotación tal y como expone la sentencia apelada haciéndose eco de la sentencia de esta misma Sala de 28 de octubre de 2003 y cuyos argumentos se acogen para llegar a la conclusión de que el Sr. Abelardo tiene una mayor disponibilidad económica que la que pretende, tesis que ha sido reiterada en sentencia de esta Sala de 1 de julio de 2004.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Hay dos hechos que conducen a afirmar que éstos no son los ingresos reales del padre, por un lado, que limite su actividad laboral a sólo cuatro tardes a la semana, a razón de cuatro horas al día y, por otro, no deja de ser sorprende la reducción progresiva de su actividad en los últimos años, acentuada aun más tras el inicio del proceso matrimonial. La pasividad o desidia del obligado al pago, es decir, la carencia de ingresos imputable a su sola voluntad, no puede eximirle del cumplimiento de sus obligaciones y menos para con sus hijos en edad de formación.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Tuero Aller

El principal problema que suscita la presente controversia consiste en determinar, con un mínimo

de aproximación, cuáles sean los ingresos reales del demandante, para así poder pronunciarse, con-

frontándolos con los demás datos obrantes en autos, sobre la justeza y corrección de tales pensiones. Éste, de 51 años de edad, es de profesión odontólogo y tiene abierta al público en una céntrica vivienda de esta ciudad, de la que es nudo propietario de una mitad indivisa, una clínica dental en la que ejerce esa labor. La pericial judicial practicada por una economista en el curso de este proceso cifró esos ingresos líquidos durante el año 2006 en 1936 euros al mes, llegando a esa conclusión tras un riguroso análisis de los datos de que pudo disponer, como el libro donde el demandante anotaba las visitas y las tarifas que habitualmente cobraba, confrontando asimismo tales resultados con los de los ejercicios precedentes. Ciertamente no existen, o no se han acreditado, signos externos claros que revelen unos ingresos superiores pues ni el automóvil ni la vivienda que habita pueden calificarse de lujo, ni siquiera de gama media-alta, y no constar gastos excesivos o inusuales ni durante el matrimonio –pues como tales no pueden calificarse las vacaciones de que disfrutaban habitualmente en la isla de Ibiza– ni ahora tras la ruptura matrimonial. Ahora bien, hay dos hechos que conducen a afirmar que éstos no son los ingresos reales, o cuando menos que podrían no serlo de mantener el demandante una actividad razonablemente diligente, que le permitiría previsiblemente duplicar los mismos. Destaca, por un lado, que limite su actividad laboral a sólo cuatro tardes a la semana, a razón de cuatro horas al día, lo que supone un horario de 16 horas a la semana, muy alejado de los estándares medios, sin que conste una razón que avale la lógica de ese proceder, máxime cuando se trata de un profesional con varios años de ejercicio que, en el orden normal de suceder las cosas, deberán traducirse en un incremento de la clientela. Y, por otro, y en la misma línea, no deja de ser sorprendente la reducción progresiva de su actividad en los últimos años, acentuada aun más tras el inicio de este proceso, de tal modo que mientras en el año 2002 el número total de citas en su consulta fue de 1.105, en 2006 se limitó a 707, y mientras en el 2001 los gastos alcanzaban los 14.927 euros, en el 2006 se cifraron en 6.759 euros; lo que se corrobora asimismo con el listado de clientes aportado por la demandada como documento núm. 7 y reconocido

por el propio apelante, donde las facturas relativas a menos de cuatro meses del año 2001 (del 19 de marzo al 16 de julio) alcanzan un importe de 2.347.000 pesetas, es decir, más de 3.500 euros al mes brutos, bastante por encima de los 2.688 euros brutos en los que la perito cifra sus ingresos en el año 2006. En este sentido habrá de recalarse que la pasividad o desidia del obligado al pago, es decir, la carencia de ingresos imputable a su sola voluntad, no puede eximirle del cumplimiento de sus obligaciones y menos para con sus hijos en edad de formación, debiendo por ello asimilarse la posición económica de quien así actúa a la de quien, obrando con una diligencia media, obtiene los beneficios e ingresos que corresponden normalmente a la actividad que desempeña, so pena de dejar al arbitrio del progenitor o cónyuge el exigible cumplimiento de sus deberes para con su familia.

Siendo esto así y, aun teniendo en cuenta que el recurrente ha de hacer frente a un préstamo hipotecario por la adquisición de la nueva vivienda que habita con una cuota mensual de 233,74 euros y a un préstamo personal por el que abona mensualmente 284,16 euros, estima esta Sala razonable la cantidad señalada en concepto de alimentos, pues, como se ha visto, la suma de la que ha de partirse como de ingresos del obligado ha de situarse en torno a los 4.000 euros líquidos al mes, es decir, que esa pensión en su conjunto rondaría el 20% de sus ingresos. Resultando acorde, por otro lado, a los presumibles gastos de los hijos, que además de los acreditados de clases particulares, tienen los normales de manutención, vestido, escolares o de ocio propios de su edad. Sin que pueda vincular lo acordado sobre este punto en el convenio regulador que fue aprobado en Sentencia de separación de 30 de mayo de 1995 –luego los cónyuges se reconciliaron, parece ser que un año más tarde–, donde se cifraban esos alimentos en 30.000 pesetas para cada hijo pues, además del mucho tiempo transcurrido desde aquella fecha –más de doce años–, se desconoce cuáles fueran los ingresos que entonces percibía el apelante, siendo, por otra parte, inferiores lógicamente los gastos de los hijos, que entonces tenían sólo 6 años.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Fijación de una pensión compensatoria temporal ya que la ex esposa vive en una casa propia, libre de cargas; tiene en la actualidad 47 años y goza de buena salud; no existirá una dedicación futura a la familia porque los hijos han quedado en compañía de su padre, es una persona que ha estado plenamente insertada en el mundo laboral, y que por causas que se desconocen no desea reincorporarse, cuando en cualquiera de las ocupaciones (camareros y auxiliares de geriatría) hay una gran demanda laboral.

AP A CORUÑA, SEC. 3.^a, SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Jesús Fernández-Porto García

La más reciente doctrina jurisprudencial [STS de 10 de febrero de 2005 (artículo 1133) y 28 de abril de 2005 (artículo 4209)], establece que la figura de la pensión compensatoria desde su introducción en el año 1981 en el Código Civil ha variado como consecuencia «de diversos factores, sobre todo sociales –y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral–, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización –unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad–, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria ... la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial)... Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios». Es una figura con unas características propias, pues está «notoriamente alejada de la prestación alimenticia –que atiende al concepto de necesidad–, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de

un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios».

Posibilidad de pensión temporal desde el inicio que confirma la sentencia del mismo Alto Tribunal de 19 de diciembre de 2005 (artículo 7840); y en el mismo sentido positivo se ha manifestado el legislador, pues la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 del Código Civil estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Aplicando dicha doctrina al presente caso, se observa que doña Beatriz vive en una casa propia, libre de cargas; tiene en la actualidad 47 años y goza de buena salud; no existirá una dedicación futura a la familia porque los hijos han quedado en compañía de su padre, quien además debe sufragar en exclusiva los alimentos correspondientes a éstos; el matrimonio duró menos de siete años; tiene experiencia laboral como camarera, habiendo trabajado en Suiza durante muchos años, y además ahora ha obtenido el título de Auxiliar de Geriatría. Es una persona que ha estado plenamente insertada en el mundo laboral, y que por causas que se desconocen no desea reincorporarse, cuando en cualquiera de las ocupaciones (camareros y auxiliares de geriatría) hay una gran demanda laboral. En consecuencia la Sala considera que si bien procede fijar una pensión compensatoria, la misma debe ser temporal, a fin de que doña Beatriz vuelva a reinsertarse laboralmente.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El mero transcurso de 10 años no puede constituirse en causa de extinción del derecho a la pensión, únicamente son causas las contempladas en el artículo 100 del CC.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Adolfo Mallo Mallo

La temporalidad de la pensión compensatoria es pues una realidad jurisprudencial y legislativamente sancionada.

Ello no significa, sin embargo, que la pensión compensatoria debe fijarse en todo caso con ese carácter temporal. Desde luego, en el caso que nos ocupa la Sentencia de la Audiencia Provincial de León Sección 2.ª la fijó con carácter indefinido seguramente por estimar que es lo más indicado para el caso que nos ocupa, en atención a los 24 años de convivencia conyugal, dos hijos, dedicación de la esposa al cuidado de la familia, estado de salud y falta de cualificación profesional de la esposa. Siendo ello así el mero transcurso de 10 años no puede constituirse en causa de extinción del derecho a la pensión, las que únicamente son

las contempladas en el artículo 100 CC, que no concurren en el caso.

En efecto, no resulta de lo actuado que haya «cesado la causa que motivó» el derecho a la pensión, pues la situación de desequilibrio persiste, manteniendo el esposo su nivel de ingresos, anteriormente en concepto de salario y ahora de pensión de jubilación, y careciendo la esposa de ingresos propios. Es más, de los datos que obran en autos parece resultar un empeoramiento de la situación de la esposa derivado de su delicado estado de salud, evidenciado por los informes médicos aportados a la causa (F. 56-59), que unido a su falta de cualificación profesional suponen un serio obstáculo para su acceso al mercado de trabajo, por lo que la pensión compensatoria señalada ha de ser mantenida no procediendo su supresión.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Extinción de la pensión compensatoria al quedar acreditado que el ex esposo ha vendido el negocio de carnicería y sufre una depresión que ha motivado que se le declare en situación de invalidez permanente, sin que sea obstáculo para ello que, en un informe de detective privado, haya quedado acreditado que la actual compañera es la que regenta la carnicería y que aquél acude algunos días al establecimiento.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

En la demanda rectora del procedimiento del que la presente alzada trae causa se interesó por el ahora apelado, Sr. Carlos José, la modificación de las medidas establecidas en la Sentencia de separación de fecha 19 de febrero de 2002, revocada en parte por la Sentencia de esta misma Sala de fecha 11 de octubre de 2002, que estableció con cargo del actor-apelado y a favor de la demandada-apelante una pensión compensatoria 1.205 euros mensuales, solicitando la extinción de la misma, cuya preten-

sión fue estimada en la resolución que es objeto del recurso de apelación que ahora se resuelve en el que la apelante solicita lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho.

Y en orden a su resolución debe tenerse en cuenta que la demandada en el acto de la vista se ratificó en su escrito de contestación a la demanda y que, atendida una realidad social tan cambiante como es la propia de las relaciones familiares dispone el artículo 80.1 del Código de Familia que

«las medidas previstas en la sentencia pueden ser modificadas, en atención a circunstancias sobrevenidas», y, por su parte, prevé el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que podrá solicitarse la modificación de medidas adoptadas en defecto de acuerdo de los cónyuges siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al acordarlas, derivándose de dicho adverbio «sustancialmente» empleado por el legislador que la variación de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o, a falta de acuerdo, acordarlas, ha de ser muy importante o esencial, cuya carga de la prueba sobre su concurrencia incumbe, conforme al principio general sobre la misma previsto en el artículo 217 de dicho texto rituario, a quien la alega.

Y que dicho cambio esencial de las circunstancias ha acaecido puede considerarse que consta acreditado en el presente caso pues consta acreditado que el Sr. Carlos José ha vendido el negocio de carnicería que constituía el principal sustento de la familia, sufre depresión que ha provocado que haya sido declarado en situación de invalidez permanente absoluta por la que percibe una pensión por importe de 577 euros mensuales, según manifestó en la prueba de interrogatorio de parte practicada

en el acto de la vista, 577,02 euros según consta en el folio 480 en el que figura (junto con el folio 499) la resolución del INSS por la que se declara «a Carlos José en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta, derivada de enfermedad común, con efectos desde el 23 de mayo de 2006», lo que supone unos ingresos mensuales incluso muy inferiores a la pensión compensatoria reconocida a favor de la ahora apelante, por lo que, como queda dicho, debe considerarse acreditada la modificación de las circunstancias para que proceda la extinción del derecho a la pensión compensatoria que prevé el artículo 86.1.a) del Código de Familia. Sin que a ello sea óbice que, según se deriva del informe de detectives acompañado por la demandada-apelante en la instancia y de lo manifestado por su autor, el Sr. Carlos José acuda al local en el que se encuentra la carnicería, y en el que trabaja su actual compañera por cuanto no consta de dicha prueba que el mismo desempeñe ninguna actividad, ni ello se deriva, incluso, del hecho de que en ocasiones abra y cierre el local, ni consta que, en su caso, perciba una remuneración ni que la misma le permita seguir haciendo frente al pago de la pensión compensatoria en su día establecida, por lo que, en definitiva, al concurrir causa legal extintiva de la misma procede la desestimación del recurso de apelación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión llamada de alimentos reconocida en favor de esposa no puede considerarse que tuviera la naturaleza de pensión compensatoria, pues para cada una de ellas se estableció en el convenio lo que las partes tuvieron por conveniente; la esposa renunció a la pensión compensatoria, por lo que no puede ahora ir en contra de sus propios actos y solicitar su fijación en el procedimiento de divorcio.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Piñol Rodríguez

Solicita la parte apelante la revocación de la sentencia para que se acoja su pretensión y se fije a su favor una pensión compensatoria por importe de 203,51 euros mensuales; las partes suscribieron un convenio regulador el 16 de marzo de 2001 que fue aprobado en la Sentencia de 26 de mayo de 2001 en la que se declaraba la separación matrimonial; de ese convenio conviene destacar que se reconoció a doña Estíbaliz una pensión de alimentos, y en la cláusula decimotercera ambos firmantes reconocían que la separación no les produce

desequilibrio económico, por lo que ninguno de los cónyuges tiene derecho respecto al otro a la pensión por desequilibrio económico regulado en el artículo 97 C. Civil; además se le adjudica a la esposa el pleno dominio sobre la vivienda situada en la planta alta de la finca A, y don Juan Ramón se hace cargo de la totalidad de las deudas comunes, y se compromete a abonar a doña Estíbaliz la cantidad de 5.000.000 de pesetas; ese convenio vincula a las partes, pues prestaron su consentimiento y por tanto despliega todos sus efectos vinculantes,

tanto en los derechos como en las obligaciones y para su interpretación hay que acudir inicialmente a la interpretación gramatical la cual es clara y precisa, pues en esa cláusula decimotercera, se dice sin género de dudas que ninguno de los cónyuges tiene derecho a pensión por desequilibrio regulado en el artículo 97 del Código Civil por lo que la pensión llamada de alimentos reconocida en favor de doña Estibáliz no puede considerarse tuviera la naturaleza de pensión compensatoria, pues para cada una de ellas se estableció en el convenio lo

que las partes tuvieron por conveniente; la esposa renunció a la pensión compensatoria y ahora no puede ir contra sus propios actos y pedir algo a lo que de forma expresa había renunciado, se tuvo por tanto en ese momento presente la situación y decidieron que no había derecho a la pensión por desequilibrio económico y por tanto ahora no se puede pedir esa pensión, por lo que no procede la pensión solicitada y debe confirmarse la sentencia de instancia sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Los tribunales suelen fijar entre un 35 o un 40% de los ingresos para el cálculo de la pensión compensatoria. Los datos que han de pesar decisivamente para determinar el más alto de ambos son, claro es, los años de convivencia, el hecho de que siempre los ingresos de la unidad familiar provinieron del trabajo del esposo y la edad actual de la apelante –68 años–.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

Motivo exclusivo del presente recurso de apelación frente a la sentencia que resuelve la disolución del matrimonio de los litigantes por causa de divorcio es la cuantía de la pensión compensatoria, una vez aceptado el derecho a la misma.

Motivo de la impugnación es el error en la valoración de la prueba atendiendo a las cantidades debidamente acreditadas de ingresos del obligado, así como las circunstancias personales de la titular del derecho, lo que determinaría –sostiene el recurso– la fijación de un porcentaje del 50% de aquéllos.

La sentencia fija cantidad y no porcentaje, como pedía la demanda, concretándolo en 600 euros mensuales. En el escrito de interposición del recurso, sin embargo, se abandona esa pretensión y se reconvierne en que los concedidos se eleven hasta los 800 euros, si bien, según cálculos que ofrece la propia apelante ello supondría que el obligado al pago se quedaría, tras el prorrateo correspondiente, con 863,85 euros al mes.

Las cifras que maneja el recurso son exactamente las que con toda corrección ha utilizado la sentencia de instancia, es decir el obligado al pago percibe, prorrateando sus ingresos –puesto que una de las cantidades suponen catorce pagas anuales y la otra doce– mensualmente 1.785,21 euros. Lo que está pretendiendo la apelante es única y exclusivamente que se dividan por mitad esos ingresos y que un cincuenta por ciento se entregue a la apelante en concepto de pensión compensatoria.

No suele ser este el criterio de los tribunales para supuestos de hecho como el que se da en este procedimiento, es decir que la titular del derecho no tiene ningún hijo a cargo, reside en la vivienda que fue conyugal, en la que no parece existir gasto alguno distinto al de los consumos imprescindibles de luz, agua, gas, comunidad, teléfono, etcétera.

Otros datos a considerar, por supuesto, son la duración del matrimonio y dedicación de la titular del derecho a la familia, ascendiendo la primera a 42 años, y habiendo sido la segunda total en el cuidado de las dos hijas habidas en el matrimonio. La última de las circunstancias a tener en cuenta consiste en que la separación de hecho se produjo en el año 2001, tiempo desde el que el ahora apelado pasaba determinada cantidad en concepto de pensión y abonaba los consumos realizados por la apelante a través de dos tarjetas de establecimientos comerciales.

Pues bien, cuando las circunstancias son las apuntadas, los tribunales suelen fijar entre un 35 o un 40% de dichos ingresos. Los datos que han de pesar decisivamente para determinar el más alto de ambos son, claro es, los años de convivencia, el hecho de que siempre los ingresos de la unidad familiar provinieron del trabajo del esposo, y la edad actual de la apelante –68 años–. La decisión de fijar porcentaje se entiende más correcta dado que los ingresos proceden de nóminas, y de tal modo cualquier modificación de las cuantías de ingresos no hará necesaria modificación de medidas, al ser la corrección automática.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Hay que reconocer que la actora ha trabajado en empresas de quien fue su marido pero ello no impide que se aprecie la necesaria experiencia que ha tenido ocasión de atesorar, lo que hace presumir la capacidad para obtener trabajos relacionados con la actividad que hasta su momento vino desarrollando, por lo que se estima prudencial establecer una pensión compensatoria durante cinco años.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José M. Morillo Velarde Pérez

El siguiente motivo del recurso se refiere a la pensión compensatoria, de mil euros mensuales, establecida en la sentencia, que el recurso ataca desde una doble perspectiva: la inexistencia de desequilibrio patrimonial y el carácter indefinido de la misma.

Sin embargo, como muy bien se señala en el escrito de oposición al recurso, el documento número seis de los acompañados con la demanda representa justificantes de ingreso de una pensión a favor de la apelada por importe de mil quinientos euros, que el marido abonaba voluntariamente a la esposa, fruto de una negociación de convenio regulador que no prosperó, es cierto, pero que indica el reconocimiento por el apelante de una situación de desequilibrio, como se evidencia por lo afirmado en el hecho cuarto de la propia demanda, donde se califica dicha pensión de «compensatoria».

Esta circunstancia, unida a la capacidad económica del apelante, ya comentada, hace que se considere adecuada la cantidad fijada en la sentencia recurrida, inferior a la que abonó en su momento aquél.

Por lo que se refiere a la duración temporal de la pensión compensatoria, esta Sala se adscribe a la tendencia moderna partidaria de su limitación, de acuerdo con una interpretación del artículo 97 acomodada al criterio hermenéutico del artículo 3.1, ambos del Código Civil, una vez que paulatinamente se superan los déficits de formación académica, laboral o profesional de la mujer y se va produciendo su incorporación al mundo del trabajo, sin dejar de considerar, por supuesto, las singularidades que cada caso pueda presentar.

En el que ahora es objeto de enjuiciamiento, no puede menos que reconocerse que la recurrida ha trabajado en empresas de quien fue su marido pero ello no impide que se aprecie la necesaria experiencia que ha tenido ocasión de atesorar, lo que hace presumir la capacidad para obtener trabajos relacionados con la actividad que hasta su momento vino desarrollando. No obstante, la supresión de la pensión no puede hacerse con carácter inmediato, sino que se estima prudencial prolongarla durante cinco años a partir de la fecha de esta resolución, plazo suficiente para que adquiera y consolide un puesto de trabajo.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El hecho de haber optado la ex esposa por dejar libre la vivienda familiar y adquirir otra de 60 m² útiles que se abonará mediante un préstamo hipotecario durante veinticinco años, contando para ello con la ayuda de sus dos hijos, no es causa para extinguir la pensión compensatoria.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Ángel Ámez Martínez

A tenor de las alegaciones que don Luis Pedro como apelante, y doña Rosa como apelada, vienen a referir en sus respectivos escritos al efecto. Y

habiendo procedido esta Sala, en la nueva valoración a llevarse a cabo en esta segunda instancia con plenitud de jurisdicción, a efectuar un nuevo

análisis de las actuaciones y resultado de las pruebas practicadas en las mismas.

Tras su valoración en conjunto y de forma ponderada, se viene ahora a coincidir con el criterio resolutorio al que llegó el Juez *a quo* en su sentencia respecto a la cuestión planteada por el recurrente como fundamento de su recurso.

Y concretada dicha cuestión, en síntesis, a que el hecho de haber dejado la demandada el domicilio conyugal, y pasar a habitar una vivienda adquirida en propiedad mediante la obtención de un préstamo hipotecario, cuya cuota mensual viene a coincidir con la pensión compensatoria que recibe, denota que la situación económica de aquella ha variado y mejorado con la que tenía en el momento de la separación. Justificando tal cambio el que se deje sin efecto la pensión establecida a favor de la esposa.

No viniéndose a apreciar que, al respecto y por dicho Juzgador, se hubiere incurrido en la errónea valoración de la prueba que le viene a atribuir el apelante en los términos expositivos de su recurso.

Así, dicho Juez *a quo* a la hora de argumentar y fundamentar su decisión, lo vino a hacer de forma razonada y razonable, además de con rigor, precisión y amplitud en los fundamentos acertados de su sentencia, y particularmente en el tercero de ellos, dándose por ello, aquí y ahora, por reproducir

en su integridad en evitación de repeticiones innecesarias.

Siendo ahora, únicamente de añadirse y precisarse, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 101 del Código Civil, para que pueda extinguirse el derecho de pensión compensatoria, se hace necesario y obligado que hubiere cesado la causa que lo motivó, es decir, el desequilibrio perjudicial que supuso la separación conyugal para la esposa al momento de acontecer la misma.

Y de la prueba practicada, ciertamente, no ha quedado constancia suficiente de que hubiere cesado mencionado desequilibrio. Pues ya la demandada desempeñaba trabajos que la proporcionaban ciertos ingresos en el momento de separarse.

Y el hecho de haber optado la demandada por dejar libre la vivienda familiar (con el beneficio que para ambas partes supone ello, y en especial para el actor con la liquidación de dicho bien inmueble), y adquirir una vivienda de 60,90 m² útiles, a pagarse su precio con el correspondiente préstamo hipotecario a un plazo de veinticinco años, contando para ello con la ayuda de sus dos hijos. No viene a cambiar de forma sustancial la situación económica que tenía en el momento en que aconteció la separación conyugal, y en la que se la reconoció el derecho a la pensión compensatoria que ahora trata el actor apelante de que extinga con ocasión del divorcio planteado por el mismo y acordado.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Ciertamente, el trabajo es tanto un derecho como un deber (artículo 35.1 CE) y el artículo 7.2 del CC proscribire el abuso de derecho cual sucedería si, pudiendo, el beneficiario de la pensión, no actúa para hacer desaparecer el desequilibrio que la motivó pero como no consta en las actuaciones prueba de esta desidia en la búsqueda de trabajo no se accede a la petición de extinción de la pensión.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Casero Alonso

Por Sentencia de 9 de marzo de 1995 se decretó la separación de los cónyuges don Cosme y doña Pilar y se aprobó del convenio regulador propuesto una de cuyas medidas era el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de doña Pilar al no disponer ésta de trabajo remunerado ni ingresos.

A medio del presente proceso don Cosme promueve el divorcio y, a la vez, entre otros peditmentos, solicita la extinción del derecho a la pensión reconocido a doña Pilar arguyendo que han

transcurrido casi doce años desde la separación y que las circunstancias han cambiado pues «debido al tiempo transcurrido (dice la demanda) y edad de la esposa al producirse la separación ésta tiene que contar con ingresos propios», trayendo en su apoyo la doctrina de las Sentencias de 10 de febrero y 28 de abril del año 2005 de la Sala 1.ª del TS.

La sentencia de la instancia rechazó la petición al no apreciar concurrencia de causa extintiva (artículo 101 CC) y frente a ello se alza el actor quien,

de nuevo, en su escrito de recurso, reitera la cita de la referida doctrina jurisprudencial y concluye afirmando que el tiempo transcurrido desde la separación es más que suficiente para que la demandada hubiera superado el inicial desequilibrio económico con una mínima implicación por su parte para acceder al mercado de trabajo sino es que, en otro caso, dicho lapso temporal y lo exiguo de la pensión son indicios de que percibe ingresos y razones, una y otra, que justifican la extinción de la pensión.

Sin embargo, al así razonar la parte tanto choca con la literalidad del artículo 97 del CC en su actual redacción como con la doctrina de las sentencias del Alto Tribunal en que se apoya pues, de acuerdo con su criterio, resulta que la pensión se configura como esencialmente temporal en cuanto que se anuda su extinción al mero transcurso del tiempo cuando lo cierto es que el artículo 97 tanto la concibe con carácter temporal como indefinida, gobernada su existencia y pervivencia por la con-

currencia de una situación de desequilibrio y del mismo modo las sentencias citadas atienden a este presupuesto como decisivo para su concesión y si bien admiten que se otorgue con carácter temporal es *ex ante* siempre que sea posible su previsión al momento de la concesión, y no *ex post*, como pretende la parte, por el solo transcurso del tiempo y sin que, de otro lado, haya desarrollado prueba contundente de la desaparición del desequilibrio que la motivó no pasando de mero alegato la afirmación de que la adversa debe percibir, necesariamente, otros ingresos.

Ciertamente, el trabajo es tanto un derecho como un deber (artículo 35.1 CE) y el artículo 7.2 del CC proscribe el abuso de derecho cual sucedería si, pudiendo, el beneficiario de la pensión, no actúa para hacer desaparecer el desequilibrio que la motivó pero tampoco en cuanto a esto obra prueba suficiente que permita declararlo así.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No es óbice al establecimiento de la pensión compensatoria que conste la renuncia en el convenio regulador, pues lo que no es de recibo es considerar la vigencia del convenio parcialmente y sólo en lo que perjudica al contrario considerarlo vigente y desplegar su eficacia. Además, hay que tener en cuenta que no se ratificó judicialmente por lo que no se cumplió la condición pactada.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Pilar Manzana Laguarda

El tercero de los motivos considera la Sala que también debe prosperar y consiste en el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 150 euros mensuales, que la Sala limita a dos años a partir de la presente resolución y ello por considerar que no es óbice a dicho establecimiento el haber renunciado las partes en el convenio a dicha prestación, pues lo que no es de recibo es considerar la vigencia del convenio parcialmente y sólo en lo que perjudica al contrario considerarlo vigente y desplegar su eficacia. Además, piénsese que no se ratificó judicialmente por lo que no se cumplió la condición a que estaba sometido para desplegar sus efectos, conforme al artículo 1261 del C. Civil, su ratificación a presencia judicial y posterior homologación.

En efecto, en el presente caso la existencia de desequilibrio económico entre las partes es eviden-

te, habida cuenta de la diferencia de ingresos entre ambos, y la calidad del trabajo que realizan, a cuyos efectos ha de decirse que la Sala no entre a conocer del pretendido despido del recurrente para cuya prueba porta dos documentos junto con su escrito de oposición al recurso, porque ni solicitó el que se diera el trámite de hechos nuevos, ni considera la Sala que se trate de una cuestión definitiva habida cuenta de la estabilidad laboral del mismo. Pero es que además se tienen muy especialmente en cuenta, la edad del pequeño y el tiempo de dedicación que a su cuidado y crianza le toca pechar a la madre. La limitación a dos años de dicha pensión deriva de la corta duración del matrimonio y de la edad de la esposa, la que sin duda accederá en mejores condiciones de las actuales al mercado laboral.

CONVENIO REGULADOR

Alega la esposa la nulidad de la renuncia prestada respecto del uso de la vivienda familiar en base a lo establecido en el artículo 6.2 del CC, pero el motivo es inatendible en tanto en cuanto el acuerdo fue homologado por el Juez que dictó sentencia. Lo que se pretende ahora es una revisión del pronunciamiento vulnerando las consecuencias del instituto de la cosa juzgada.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José M. Morillo Velarde Pérez

Dentro del conjunto de medidas subsiguientes, acordadas como consecuencia de la disolución que por divorcio decretó dicha resolución, al amparo de lo establecido en el artículo 81 del Código Civil, es objeto de impugnación la determinación relativa al uso de la vivienda que fue familiar.

La razón de que el titular de dicho uso sea el recurrido estriba en que la sentencia de divorcio es subsiguiente a una anterior de separación entre los cónyuges, dictada en 20 de octubre de 2004, que homologó el convenio regulador presentado por los litigantes; y éste contenía aquella atribución acordada por ambos.

Aun cuando extenso el recurso, realmente el motivo que lo sustenta viene a subrayar un vicio de consentimiento de la esposa a la hora de suscribir el citado convenio regulador, toda vez que aparece imposible y así lo aprecia la Sala que pueda mutarse el pronunciamiento establecido en la sentencia de separación porque no ha habido alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, tal y como lo acredita que, al dictarse aquélla eran dos los hijos menores de edad que se quedaron al cuidado de la madre fuera de la vivienda familiar, de los que uno ya ha alcanzado la mayoría de edad y se ha incorporado al mercado laboral.

Finalmente, alude a la ineficacia del consentimiento prestado en su día por vulnerar el interés superior de los menores, conforme al artículo 6.2 del Código Civil.

Por lo que respecta a la primera de tales motivaciones, que se basa en el error en la apreciación de la prueba, no pueden compartirse las razones del recurso. Realmente, lo que se pretende es forzar una prueba de presunciones, conforme al artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomando por base las distintas incidencias procesales habidas entre las partes como consecuencia de varias denuncias por malos tratos interpuestas por la recurrente.

No obstante, dichas circunstancias no permiten establecer una relación unívoca, con la precisión que dicho precepto exige, respecto de la consecuencia que intenta hacerse valer, toda vez que la apreciación del vicio de consentimiento invocado queda seriamente obstaculizada por el hecho incontestable de que no se trata de una decisión adoptada con premura, sino que fue plasmada en un documento suscrito de común acuerdo, con asesoramiento de letrado y ratificada a presencia judicial, habiendo permanecido invariada desde que se adoptó en dos mil cuatro hasta que se ha interpuesto la demanda rectora del presente procedimiento, más de dos años después; debiendo subrayarse la insuficiencia de los hechos base para mover la convicción en torno al estado anímico de la apelante que, por tanto, ha de sufrir las consecuencias del incumplimiento de la carga probatoria que a tales efectos establece el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El segundo de los motivos alude a la nulidad de la renuncia prestada por la progenitora custodia de los hijos menores respecto del uso de la vivienda familiar, conforme al artículo 6.2 del Código Civil; motivo inatendible en tanto en cuanto el acuerdo fue homologado por el Juez que dictó sentencia de separación en uso de la atribución conferida en el artículo 96 del Código Civil, cuya determinación tan sólo cabría modificar por la vía de la alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su momento.

Lo que se pretende ahora es una revisión del pronunciamiento vulnerando las consecuencias del instituto de la cosa juzgada con pleno atentado al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9 de la Constitución y por tal motivo el recurso ha de perecer.

CUESTIONES PROCESALES

Si en el escrito de contestación a la demanda no se solicitó la custodia, no puede introducirse esta petición en el escrito interponiendo el recurso de apelación.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Mar Alonso Martínez

La pretensión deducida en el recurso de apelación de la parte accionante, referida a su solicitud de que se le atribuya la guarda y custodia de los hijos comunes, no puede ser considerada en esta alzada procedimental, al constituir una petición formulada *ex novo*, dado no ser aducida en la fase expositiva del proceso, lo que ha determinado la ausencia de contradicción o conformidad al respecto, y en su consecuencia examinados en la fundamentación jurídica de la sentencia de la primera instancia, y

ello determina que deba quedar fuera del ámbito cognoscitivo del recurso de apelación, en base a las prescripciones del artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien ante las manifestaciones relativas a la situación de los menores que se hallan bajo la guarda y custodia de la madre, procede acordar que el Juzgado *a quo* remita oficio a los servicios sociales correspondientes a fin de que realicen un seguimiento de su situación familiar.

CUESTIONES PROCESALES

Competencia de los juzgados y tribunales españoles para conocer de la demanda de separación interpuesta por la esposa en nuestro país, al tener ésta nacionalidad española y llevar residiendo en España más de seis meses, siendo indiferente que el último domicilio estuviese en Suecia y que allí tenga su residencia el esposo, al ser aplicable el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de Europa.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 26 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Contra el Auto dictado en fecha 29 de junio de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Esplugues de Llobregat en el procedimiento sobre separación contenciosa registrado con el núm. 385/2005 seguido a instancia de doña Marta contra don Aurelio, que estima la declinatoria por falta de competencia territorial y declara la competencia territorial de los Juzgados de 1.ª Instancia de Ystad (Suecia) que por turno corresponde, y acuerda mantener las medidas provisionales acordadas por Auto de 6 de abril de 2005, en tanto que los antedichos Tribunales asuman su competencia, y acuerda el sobreseimiento de las actuaciones, interpone recurso de apelación la Sra. Marta en solicitud de que «se declare competente para conocer de la demanda de separación presentada por esta parte así como para conocer de las medidas relativas a la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos vinculados a la hija menor común»,

a cuyo recurso de apelación se opone el Sr. Aurelio y también se opone el Ministerio Fiscal.

El Juzgado *a quo*, en el Auto recurrido, razona su incompetencia territorial en que «no existe ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda, ni residencia habitual del matrimonio, pero sí que hay última residencia habitual común del matrimonio, sita en Ystad (Suecia), en la que continúa residiendo habitualmente uno de los cónyuges», por lo que, continúa razonando, «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la LEC, en el artículo 107.2 del Código Civil, en el artículo 22.3 de la LOPJ, y en Reglamento de la CE núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental», declara la competencia territorial de los Juzgados de Primera Instancia de Ystad (Suecia).

Y, con independencia de la aplicación o no del artículo 107.2 del Código Civil, por cuanto condiciona la aplicación de la norma que señala a la competencia de los tribunales españoles, en orden a la concreción de la normativa aplicable, al tratarse de una demanda de separación de un matrimonio constituido por una española y un sueco, es claro que para la determinación de los órganos jurisdiccionales competentes la norma aplicable es el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre, como acertadamente se ha hecho en la resolución recurrida, y no el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, de 29 de mayo, como erróneamente entiende la recurrente. Y ello por cuanto en la fecha de la interposición de la demanda, 20 de mayo de 2005, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 ya había entrado en vigor, como se infiere, sin duda alguna, de que en su artículo 72 se dispone que «el presente Reglamento entrará en vigor el 1 de agosto de 2004», fecha, incluso anterior a las medidas provisionales.

Y dicho Reglamento (CE) aplicable, en su artículo 3, titulado «competencia general», prevé una serie de fueros territoriales para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que dada la utilización de la copulativa «o» hay que entender establecidos con criterio alternativos y no como preferentes uno respecto de los otros, con lo que resulta evidente que el demandante puede escoger cualquiera de ellos, siempre, obviamente, que concurra bien el requisito de residencia habitual que respecto a determinados fueros se contempla, o bien, siempre que, junto al requisito de residencia habitual se cumpla también el requisito de que «haya residido allí durante al menos» un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda si el demandante no es nacional del país en que la presenta, o «los

seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda», si, además, el demandante es «nacional del Estado miembro en cuestión», como ocurre en el caso que es objeto de resolución, que la demandante, ahora apelante, es española, por lo que, la competencia para conocer de la demanda, al llevar la demandante más de seis meses residiendo habitualmente en España antes de su interposición, corresponde a los tribunales españoles, como también correspondía a los tribunales suecos, a los que remite la resolución recurrida, por cuanto el aquí demandado es de aquella nacionalidad y se da la circunstancia de que el Sr. Aurelio había interpuesto una demanda de divorcio en aquel país que dio origen a un «asunto tratado en ausencia de las partes» que fue sobreseído por resolución final de fecha 9 de agosto de 2006 dictada en Ystad por haber caducado conforme a las normas allí aplicables al no haberse presentado la demanda de divorcio dentro del plazo de un año a partir del 21 de julio de 2005 de inicio del período de reflexión, según consta en el rollo.

Con lo que, al no constar que se siga procedimiento alguno en Ystad, por haber sido sobreseído el allí iniciado, y al resultar competentes los tribunales españoles según se deriva de la antedicha disposición del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, al llevar residiendo la demandante, de nacionalidad española, en España más de seis meses inmediatamente anteriores a la presentación a la demanda, al ser competente, con arreglo al domicilio de la misma los Juzgados de Esplugues de Llobregat, procede la estimación del recurso de apelación.

Consecuencia de ello es que carece de objeto la alegación en cuanto al tribunal competente en materia de responsabilidad parental.

CUESTIONES PROCESALES

La vista a la que se refiere el artículo 49 bis de la LEC es la del procedimiento principal y no la de medidas provisionales, por lo que la competencia para conocer del procedimiento civil es del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Barcelona.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 25 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Mar Alonso Martínez

Como antecedentes precisos para resolver la cuestión de competencia negativa, planteada entre el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Barcelona y el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona, han de referirse los siguientes:

– Presentada demanda de divorcio ante el Juzgado Decano de Barcelona, y turnada ésta al Juzgado núm. 19 de dicha ciudad, se le da el trámite correspondiente, emplazando al demandado y señalando día para la celebración de la compare-

cencia de Medidas Provisionales, que habían sido interesadas.

– Celebrada la comparecencia de medidas, se dictó Auto resolviendo las mismas el día 20 de marzo de 2006, habiendo ya, en los autos principales contestado a la demanda el demandado, dictándose providencia en esa misma fecha teniendo por contestada la demanda, no señalándose vista principal, por estar las actuaciones pendientes de resolución sobre posible pérdida de competencia objetiva, como se señala en Auto del Juzgado de familia de esta ciudad, que plantea la cuestión de competencia negativa y Auto de inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de esta ciudad.

– El Juzgado de Violencia núm. 2, recibidos los autos, dicta Auto admitiendo a trámite los mismos y tras diversas actuaciones, el 27 de noviembre de 2006, pronuncia Auto declarando la nulidad de su propio Auto de 9 de junio de 2006 y rechaza la inhibición del Juzgado núm. 19 de familia.

– Recibidos los autos por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 19, familia, se dicta Auto el 23 de marzo del año en curso, planteando cuestión de competencia negativa e interesando el dictado de resolución que disponga la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Barcelona, para conocer del procedimiento de divorcio instado.

Planteados los términos del debate, 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 ambas resoluciones parten de que la remisión lo es al procedimiento civil, de conformidad con la interpretación doctrinal mayoritaria, sino en qué momento se alcanza dicha fase, en el proceso civil, si, 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 si no existe aquél, mientras que, podrá sustanciarse procedimiento de divorcio, dada la acción ejercitada en el supuesto de autos, sin pretensión de Medidas Provisionales, por lo que cualquier referencia a una fase procesal deberá serlo para el 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 conlleva la declaración de competencia para conocer de estos autos, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Barcelona.

No obstante lo expuesto, debe también significarse al parir de la argumentación contenida en el Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de esta ciudad, relativa a la existencia de «irregularidad» en que se expresa ha incurrido el Juzgado de familia núm. 19 de esta ciudad, al inhibirse de la pieza separada de medidas, que ninguna anomalía resulta de tal actuación, pues la tramitación separada de los autos principales y de las Medidas provisionales, coetáneas a los mismos, no encuentra amparo en precepto legal alguno, formando ambos un único expediente, de tramitación paralela pero conjunta, lo que determina que la inhibición lo sea del procedimiento en su totalidad, del que forma parte la pretensión de medidas provisionales.

CUESTIONES PROCESALES

Es temeraria la conducta de la demandante que, en tan corto espacio de tiempo desde que se tramitó el procedimiento de separación, solicita ahora la privación de la patria potestad cuando en aquel momento interesó que ésta fuese compartida. Por ello, es procedente la condena en costas.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández

Se articula un único motivo de recurso frente a la sentencia de instancia de fecha 29 de septiembre de

2006, desestimatoria de la demanda de privación al progenitor masculino de la patria potestad respecto

de la hija común, contrayéndose el *petitum* formulado en el suplico del escrito de recurso, a la pretensión de revocar la sentencia de instancia en el sentido de no imponer las costas a la demandante.

Se basa la resolución recurrida, en su fundamento jurídico cuarto, para imponer a la apelante la condena en costas, en apreciar temeridad al deducirse una pretensión, privación de la patria potestad a la contraparte, en abierta contradicción con lo postulado en posterior proceso de divorcio, donde se suplicó, con una diferencia de 34 días entre una y otra demanda, la atribución a ambos progenitores de meritada patria potestad.

Comparte en este supuesto la Sala el criterio de la Juzgadora *a quo*, pues es en efecto temeraria la conducta de la demandante, que postula en segunda petición, tan próxima en el tiempo a la demanda

de privación de la patria potestad, lo contrario a lo solicitado en ésta a 16 de marzo de 2006, determinando además una duplicidad innecesaria de procesos, cuando pudo haber formulado la pretensión directamente en el proceso de divorcio, como se afirma en la resolución disidente.

No puede sostenerse la falta de acreditación documental en autos, como se afirma gratuitamente en el escrito de recurso, toda vez que obra en las actuaciones copia de la demanda de fecha de presentación 19 de abril de 2006, de que conoce el Juzgado de Primera Instancia núm. 96 de Madrid (folios 161 a 163 de las actuaciones, a los que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducidos), de donde queda plenamente probada la negada contradicción de la parte en sus pretensiones.

CUESTIONES PROCESALES

No procede acordar la nulidad de actuaciones porque se haya atribuido la guarda y custodia a los abuelos paternos aunque no fuesen parte en el procedimiento ya que el interés público es el que preside estos procedimientos e informa de las medidas a adoptar en relación con los hijos menores de edad al tener que tomar siempre como referencia el principio del interés superior de los menores.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elena Rodríguez Vígil Rubio

Igual rechazo procede del otro motivo de nulidad basado en la atribución de la guarda y custodia a los abuelos paternos que no eran parte en el procedimiento. Ello es así porque no cabe duda que en sede de legalidad ordinaria en que corresponde a la parte la disposición del objeto del proceso (principio dispositivo, de rogación y aportación de parte) y le obliga a formular las pretensiones en los escritos rectores sería acogible la argumentación que sustenta este motivo, pero tratándose como se trata de un proceso matrimonial en el que han de adoptarse medidas en relación a hijos menores de edad, esos principios están muy matizados.

En efecto, el principio de rogación, el dispositivo, el de litispendencia y de la *perpetuatio iuris dictionis* que obligan a decidir las cuestiones sometidas a enjuiciamientos en los términos inicialmente planteados por las partes en los escritos rectores del proceso están limitados cuando de medidas en relación a los hijos menores se trata, como así expresamente resulta de lo dispuesto en la actuali-

dad el precitado artículo 752.1 de la LEC, cuando establece que tal decisión se tomará teniendo en cuenta los hechos «que hayan sido objeto de debate y resulte probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento», y ello precisamente por el interés público que informa en estos procedimientos las medidas a adoptar en relación con los hijos menores de edad al tener que tomar siempre como referencia el principio del interés superior de los menores, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General e las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación.

Este principio del interés prevalente de los niños o menores ya está consagrado en el artículo 39 de nuestra Constitución e informa toda la regulación de las relaciones paterno-filiales en nuestro derecho, siendo además proclamado en

forma específica en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en el apartado 2.b) y en el artículo 8 de la Ley de Protección del Menor de este Principado de Asturias.

En definitiva en esta materia de los derechos de los menores, al estar presente un interés público, el preferente de los niños, no son las partes titulares exclusivas de la situación jurídica material sometida a enjuiciamiento, lo que justifica la no aplicación en estos procedimientos de los principios dispositivos y de aportación de parte que inspira con carácter general el proceso civil, con la doble finalidad de la búsqueda de la verdad material frente a la formal, y, sobre todo, de garantizar que las medidas en relación a los hijos menores se adecuen en todo momento a las circunstancias concurrentes y al interés superior de los mismos, que es el que ha de presidir la adopción de todas las medidas que les afectan toda vez que los derechos de los niños, por ser los más necesitados de protección, prevalecen siempre frente a cualquier otro y más concretamente en este caso frente a los de sus padres, según

se establece en el preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y se reitera en la exposición de motivos de la vigente Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, pues no ha de olvidarse que la patria potestad, guarda y custodia y demás instituciones de protección de la infancia, son instituciones cuyo finalidad es cumplir adecuadamente la función social inherente a la patria potestad cual es la de asegurar una formación integral y una integración en un entorno familiar y social lo más normalizado posible que la posibilite, de ahí que cuando la misma no es ejercida adecuadamente por los padres se faculta a los jueces a adoptar al inicio, en el curso o al finalizar cualquier procedimiento, las medidas más adecuadas para lograr esos derechos, acogiendo en este caso la Juzgadora, previa audiencia y consentimiento de los abuelos, la de atribución de la guarda y custodia a los citados como se había solicitado por el Ministerio Fiscal en fase de conclusiones del acto del juicio, en medida expresamente contemplada en el artículo 103.1.2.º del Código Civil.

CUESTIONES PROCESALES

Aun cuando se reconoce que, por problemas técnicos, no ha quedado debidamente registrada en soporte magnético la vista, siendo el objeto del recurso puramente económico y pudiendo la Sala comprobar toda la información a través de la documentación aportada por las partes, no se accede a la petición de nulidad de actuaciones planteada por el apelante.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

Abordando en primer lugar los problemas procesales planteados, es cierto que el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que las actuaciones orales en las vistas se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, lo que no se ha realizado, al menos en los soportes remitidos a la Sala, seguramente por problemas técnicos independientes de la voluntad de los encargados de hacerla, pero no es menos cierto que por el Secretario Judicial se

tuvo la precaución de documentar detalladamente el acto de la vista, lo que ha podido suplir el defecto técnico conforme contempla el artículo 187.2 del mismo texto legal. A esto debe añadirse que el objeto del recurso es puramente económico y la Sala puede comprobar toda la información a través de la documentación aportada por las partes, lo que hace innecesaria la petición de nulidad planteada por el apelante.

CUESTIONES PROCESALES

Si bien el señalamiento de alimentos a los hijos mayores de edad que se encuentren en el caso previsto en el artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil no requiere que éstos participen en el proceso en cuestión, estando legitimado para pedirlos el progenitor con el que convivan, no sucede lo mismo en el caso contrario, de que se pretenda declarar extinguido ese derecho, en cuyo caso deberán necesariamente ser parte.

AP A CORUÑA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Ángel Rodríguez Gardama

La demandada ya alegó en el hecho segundo del escrito de contestación a la demanda que la relación jurídico-procesal había sido defectuosamente constituida porque se había prescindido de llamar al proceso al alimentista, don Carlos Manuel, hijo de los litigantes y mayor de edad, siendo así que versaba la acción ejercitada sobre la extinción de la pensión alimenticia fijada a su favor en anterior juicio de divorcio, cuestión que le afectaba básicamente, si bien, en el *petitum*, adujo la falta de legitimación pasiva de la interpelada y que se dictase sentencia desestimatoria, sin entrar a conocer del fondo del asunto, extremos no tomados en consideración en la que es objeto de recurso, que estimó la pretensión rectora.

Entiende esta Sala, y así ya lo expuso, por ejemplo, en Sentencia de 30 de noviembre de 2006, que si bien el señalamiento de alimentos a los hijos mayores de edad que se encuentren en el caso previsto en el artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil no requiere que éstos participen en el proceso en cuestión, estando legitimado para pedirlos el

progenitor con el que convivan (así, Sentencia del TS de 24 de abril de 2000), no sucede lo mismo en el caso contrario, de que se pretenda declarar extinguido ese derecho, porque ni la ley se pronuncia en tal sentido, entonces, ni cabe suponer que al tener aquéllos propia personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, pudieran estar representados, sin más, por el progenitor en cuya compañía estén, por lo que la acción debe dirigirse —tratándose de este tipo de procesos— no sólo contra éste, sino también necesariamente contra el hijo mayor de edad, que podría verse afectado por el pronunciamiento que recayese, estándose así ante un supuesto previsto en el artículo 12.2 de la LEC.

En consecuencia, procede declarar nulo lo actuado en el Juzgado *a quo* a partir de la providencia de 6 de julio de 2006, inclusive, excepto lo acordado en su apartado 1, debiendo emplazarse a don Carlos Manuel, a los efectos previstos en el artículo 753 de la LEC y, después, seguirse el trámite prescrito en el artículo 775.2 de la misma (en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio).

CUESTIONES PROCESALES

La exigencia impuesta por el juez *a quo* de que en el convenio del divorcio se incluya la liquidación del régimen económico-matrimonial es totalmente injustificada.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, AUTO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Martín del Peso

Se plantea una cuestión en el presente recurso ya resuelta por la Audiencia cual es la exigencia impuesta por el juez *a quo* de que en el convenio se aporte la liquidación del régimen económico-matrimonial; exigencia injustificada, como ha dicho esta Audiencia, entre otras resoluciones el Auto de la Sección 6.ª de 30 de octubre de 1998: «Es ya

reiterada la postura de esta sala, al igual que las de la 1.ª y 4.ª, que no imponen el requisito de la previa liquidación del consorcio ganancial para poder admitir a trámite la separación de mutuo acuerdo entre los cónyuges. Nos remitimos por todas al auto de esta Sección, de fecha 17 de abril de 1997, en el que declaramos que tal exigencia no está

comprendida dentro del espíritu de la Ley, además de ser contraria al dogma de la autonomía de la voluntad de los partícipes en negocio de contenido estrictamente privado, en los que no está empeñada cuestión alguna de orden público indisponible, antes al contrario, pues los miembros de cualquier comunidad, y la ganancial es una de ellas, pueden mantener indiviso el acervo común por el tiempo que estimen conveniente, máxime cuando una de las causas, por las que se extingue dicha sociedad

ganancial, lo es por su sustitución por cualquier otro régimen económico, entre los que puede encontrarse perfectamente la comunidad ordinaria de bienes, máxime si la sentencia de la separación o el divorcio fija de acuerdo con el convenio celebrado entre las partes las medidas a favor de los hijos y, en su caso, del cónyuge». En atención a lo expuesto se revoca el Auto apelado, ordenando la continuación del procedimiento con arreglo a derecho.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El Tribunal de instancia carece de facultades para apreciar de oficio tanto la prescripción como la caducidad del derecho a solicitar la ejecución.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 4 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pérez Tormo

Reurre la representación de la Sra. Esperanza el Auto que resolviendo un recurso de reposición, mantiene la resolución en la que se apreció la caducidad de la acción ejecutiva, en la que se reclamaban mensualidades que se decían impagadas por el Sr. Pablo, correspondientes a cargas familiares y pensiones alimenticias, en virtud de lo establecido en el artículo 518 LEC, al haber transcurrido más de cinco años desde la firmeza de las resoluciones judiciales que se pretendían ejecutar, (Auto de medidas provisionales y sentencia de separación).

Por Auto de medidas provisionales de fecha 2 de octubre de 1998 se fijó la obligación del Sr. Pablo de pago de la cifra de 60.000 pesetas como cargas familiares. Por posterior sentencia de separación de 25 de junio de 1999 y sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona de fecha 5 de julio de 2000, al resolver el recurso de apelación, se estableció asimismo el pago de determinada cantidad a cargo del mismo deudor.

La parte ejecutante presenta demanda ejecutiva en fecha 30 de diciembre de 2005, en la que reclama mensualidades que dice han sido impagadas, desde octubre 1998 a junio 2000, correspondientes a las referidas resoluciones judiciales.

De oficio, el Juzgador *a quo* declara caducada la acción ejecutiva, en virtud de lo establecido en el artículo 518 LEC, por el transcurso de más de cinco años desde la firmeza de las referidas resoluciones. Contra este Auto se recurre en reposición, que es desestimada por el Auto hoy recurrido.

En la formulación del recurso sostiene la Sra. Esperanza que ya inició con anterioridad la reclamación ejecutiva, y así lo acredita documentalmente; y aduce asimismo, que en todo caso era el ejecutado quien podía en su caso invocar la prescripción y caducidad, sin que pudiera apreciarse de oficio.

El recurso así planteado debe ser estimado, pues el tribunal de instancia carece de facultades para apreciar de oficio tanto la prescripción como la caducidad del derecho a solicitar la ejecución.

El artículo 551 LEC establece que presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título.

Ni la prescripción ni la caducidad son requisitos formales, pues se refieren a la actualidad del derecho y a su exigibilidad, que son cuestiones de fondo y deben resolverse en todo caso, previa alegación de la parte, mediante la oportuna oposición a la ejecución.

No hay duda de que así debe ser respecto de la prescripción, tal como lo determina el artículo 1935, segundo párrafo del Código Civil; y para devengos posteriores a la entrada en vigor del artículo 121.4 del Código Civil de Cataluña, la prohibición expresa impide toda interpretación en sentido contrario.

En cuanto a la caducidad, si bien como regla general es apreciable de oficio, la LEC en su

artículo 556,¹ segundo párrafo, la incluye como causa específica de oposición a la ejecución de resoluciones judiciales, y el artículo 557,¹,4.º LEC, respecto a títulos no judiciales, junto a la prescripción. Tal regulación legal impide que el tribunal pueda denegar el despacho de ejecución *ab initio*, de oficio, por tales motivos.

Debe además, tenerse en cuenta que, tal como ha dicho esta Sala en reiteradas resoluciones, el término de caducidad de cinco años que introduce la nueva LEC de 2000, ha de empezar a computarse para las resoluciones dictadas a partir de la entrada en vigor de la LEC, de conformidad a lo establecido en su Disposición Final Vigésima Primera, por

exigencias del principio de seguridad jurídica y del principio de irretroactividad de las leyes.

Para apreciar la caducidad o prescripción de las prestaciones de tracto sucesivo, deberá estarse al transcurso de los términos legales, teniendo como *dies a quo*, el día en que se devengue cada mensualidad, tal como ha dicho esta Sala en reiteradas resoluciones.

Por todo ello debe procederse por el tribunal de primera instancia a admitir la demanda ejecutiva, y analizar en la correspondiente resolución que se dicte en el eventual proceso de oposición a la ejecución, una vez despachada, los motivos de oposición que en su caso se planteen.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque ha transcurrido el plazo fijado para la atribución del uso de la vivienda familiar, no procede que en fase de ejecución de sentencia se acuerde el lanzamiento de la parte ejecutada ya que, al igual que la ejecutante, es copropietario del inmueble y por tanto tiene derecho a seguir utilizándola.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 12 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Contra el Auto dictado en fecha 8 de enero de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sant Boi de Llobregat en los autos registrados con el núm. 396/2006 sobre ejecución de título judicial en el que se estima parcialmente la oposición formulada por don Roberto contra la demanda ejecutiva interpuesta por doña Clara, sin imposición de costas, interpone recurso de apelación el Sr. Roberto en solicitud de que «se sirva revocar el referido Auto en el sentido de estimar totalmente la oposición formulada por esta parte y, en definitiva, no dando lugar a continuar la ejecución en los términos de dejar libre, vacua y expedita la vivienda conyugal», a cuyo recurso se opone la Sra. Clara que solicita que se desestime.

En la demanda rectora del procedimiento ejecutivo del que la presente alzada trae causa, la actora, aquí apelada, interesó la ejecución de la Sentencia de fecha 6 de mayo de 2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santo Boi de Llobregat, en la que, tras declarar la separación del matrimonio de los ahora litigantes, acordó las medidas inherentes a dicha declaración, cuya Sentencia fue revocada en parte por la de esta misma Sección de fecha 26 de febrero de 2003, en lo que aquí importa, «únicamente en cuanto a limi-

tar la atribución al esposo del uso de la que fuera vivienda familiar al plazo de tres años, a contar desde la fecha de la Primera Instancia», y postulando la demandante de ejecución que «se dicte Auto despachando la ejecución...: a) Adjudicando la vivienda que fue familiar al mejor postor y reparitiendo el precio de la misma entre ambos cónyuges al 50%, mientras no la desocupe y deje libre, vacua, y expedita el demandado, condenando a éste a abonar a mi representada con efectos de 21 de octubre de 2005 300,00 euros mensuales, y a que él haga frente en exclusiva a los importes del IBI y de las cuotas y gastos extraordinarios de la Comunidad de Propietarios. b) Considerar concluida a todos los efectos desde el mes de agosto-2004 la obligación de mi representada de abonar alimentos para el hijo Gerardo. c) Condenando al demandado a entregar a la demandante la cantidad de 8.522,64 euros que le adeuda en concepto de pensión compensatoria, y le sean impuestas las costas...», habiendo formulado el demandado demanda de oposición, la oposición, una vez presentado escrito de alegaciones por la ejecutante, fue estimada parcialmente mediante el referenciado Auto resolutorio del procedimiento ejecutivo que acuerda mandar «seguir adelante la ejecución en los términos de dejar libre, vacua y expedita la vivienda conyugal; así como la de des-

pachar ejecución por la suma de 8.522,64 euros de principal más otros 2.555 euros fijados en concepto de intereses», sin imposición de costas, contra el que interpone recurso de apelación el demandado-ejecutado en solicitud de lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho.

Al tratarse, en el caso de autos, de la ejecución de una sentencia, por tanto, de un título que lleva aparejada ejecución en virtud de los que prevé el artículo 517.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe tenerse en cuenta la disposición legal contenida en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la cual «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos», con la que se trata de dar cumplimiento a la obligación de «cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales» que prevé el artículo 118 de la Constitución Española, y basta tener en cuenta lo que fue objeto de resolución respecto al uso de la vivienda familiar así como lo que la demandante de ejecución solicitó del juzgado, que ha quedado transcrito, para que proceda la estimación del recurso de apelación en cuanto a la pretensión deducida por el apelante.

Y ello por cuanto lo que la demandante de ejecución solicitó del juzgado no fue que se condenara al demandado a desocupar la vivienda y dejarla libre, vacua y expedita, sino que lo que postuló fue lo que se ha transcrito de que «se dicte Auto despatchando la ejecución...: a) Adjudicando la vivienda que fue familiar al mejor postor y repartiendo el

precio de la misma entre ambos cónyuges al 50%, mientras no la desocupe y deje libre, vacua, y expedita el demandado, condenando a éste a abonar a mi representada con efectos de 21 de octubre de 2005 300,00 euros mensuales, y a que él haga frente en exclusiva a los importes del IBI y de las cuotas y gastos extraordinarios de la Comunidad de Propietarios», por cuanto resulta evidente que al ejecutado le asiste el derecho de uso de la misma en virtud del título de propiedad de la misma que, en condominio, ostenta junto con la ejecutante, por lo que, aún extinguiéndose el derecho de uso que le fue otorgado en la Sentencia de cuya ejecución se trata puede continuar en la misma en virtud del derecho de uso que conlleva el referenciado título en virtud del cual la posee, por lo que la resolución recurrida no sólo se aparta de dicha previsión legal que dispone que las sentencia deben ejecutarse en sus propios términos sino que, además, incurre en el vicio de incongruencia *extra petita* por acordar cosa distinta de lo solicitado por las partes y producir una alteración de los términos objetivos del proceso que genera, como señala la jurisprudencia, «una mutación de la *causa petendi*, y determina incongruencia *extra petita*» en contra de lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que veda resolver sobre puntos litigiosos que no hayan sido objeto de debate, por lo que, en definitiva, procede, como queda dicho, la estimación del recurso de apelación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No puede concluirse que el incumplimiento del régimen de visitas pueda achacarse al padre, por lo que procede dejar sin efecto el requerimiento efectuado manteniendo no obstante el acuerdo adoptado en dicho auto relativo a que la unidad familiar acuda a la Unidad de Orientación a la Familia dependiente de la CAM, tal y como se había propuesto por el equipo psicosocial.

AP MADRID, SEC. 22.^a, AUTO DE 25 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Con relación a la cuestión de fondo, hay que recordar que la demanda ejecutiva se presenta el 3 de noviembre de 2004, suplicando al Juzgado se requiera al ejecutado para que cumpla en sus propios términos el régimen de visitas establecido a favor de la madre no custodia, así como la obligación de informar a la madre de las incidencias sobre la salud de los menores.

Los hechos objeto de ejecución y el régimen de visitas de la madre concierne a los hijos, Alejandro de 16 años de edad al haber nacido el 5 de abril de 1991 y Arancha de 13 años de edad al haber nacido el 5 de enero de 1994.

En el convenio regulador de 8 de junio de 2004, homologado por auto de 13 de julio de 2004, objeto de ejecución, se estableció un régimen de visitas

normalizado de fines de semana alternos además de comunicaciones todos los días y una tarde a la semana y el régimen de vacaciones, que allí se dispuso.

Tras aquella solicitud se dicta auto el 15 de diciembre de 2004 por el que se acuerda la ejecución requiriendo para que la parte demandada en el plazo de 10 días dé cumplimiento al régimen de medidas establecido en cuanto a las visitas de los menores con la madre y al deber de información sobre su estado de salud.

Se aporta por la parte demanda comunicación del progenitor custodio dirigida a la madre de fecha 1 de octubre de 2004 en la que se pone de manifiesto que desde la fecha del convenio y por cuestiones ajenas a la voluntad del padre los hijos se han venido negando, de formar sistemática, a estar con la madre en los períodos mínimos fijados en el convenio, significando que el padre ha llevado a los menores a la consulta de las psicólogas, ha promovido una reunión de los menores con la madre sin que el resultado obtenido haya alcanzado los frutos deseados, y destacando que se mantiene al margen de lo que en el futuro acontezca con las comunicaciones, señalando que tendrá la madre a los niños a su disposición en la puerta del domicilio.

Se presenta escrito por la progenitora no custodia de fecha 11 de enero de 2005 en el que interesa se oficie a la fuerza pública para que se persone en el domicilio paterno, el próximo viernes día 21 de enero a las 18 horas y asegure el cumplimiento de la entrega de los menores a la madre para que aquéllos permanezcan en compañía de ésta hasta el día siguiente día 23 de enero de 2005 a las 21 horas.

Tal solicitud fue estimada por la Juzgadora, presentado escrito la parte demandada que recordaba que en otro escrito, se solicitaba que para acreditar los extremos que indicaba acudiera a su domicilio una comisión judicial para certificar la nula participación del padre en la decisión de los menores de no querer irse con su madre y de la madre de no querer llevárselos, ya que se pone de manifiesto –se refiere– que hasta ahora éstos siempre han estado a su disposición en la ejecución del régimen de visitas.

Se indica en dicho escrito que al parecer cada vez que la madre acude a buscar a los hijos «a la puerta del domicilio paterno su madre se repinten contra ellos expresiones tales como enfermos mentales, locos, payasos, mentirosos patológicos, etc., expresiones estas que van acompañadas de constantes amenazas de usar contra ellos a los Cuerpos y Fuerza de Seguridad del Estado y llevárselos a la fuerza en caso de negativa.»

Se continúa relatando en aquel escrito que el padre contacta con la madre indicándole el día

de presentación del escrito «en vez de ir doña Guadalupe al domicilio paterno, se comprometía a hablar con sus hijos y llevarles él, personalmente, al domicilio de doña Guadalupe para que estuvieran con ella, en un intento más de normalizar las relaciones. Asimismo, le dijo a doña Guadalupe que estuviera con los niños todo el tiempo que hiciera falta y considerara necesario, pero que, sobre todo, hablara y dialogara con ellos».

Se reitera nuevamente por el demandado que no está incumpliendo el régimen de visitas acordado toda vez que obliga a sus hijos a que se marchen con su madre por lo que señala que si se incumple el régimen de visitas se debe a la actitud de la madre y a los problemas existentes entre ellos.

El escrito de oposición del ejecutado se funda en dicho cumplimiento y argumenta que desde el mes de septiembre el demandado en contra del deseo de sus hijos obliga a éstos a ponerse a disposición de madre y especificando que los hijos siempre han vuelto a entrar en el domicilio del padre, indicándole que no se han ido con su madre y cuando éste se cerciora de que la madre ha abandonado su domicilio sin llevarse consigo a los niños, es cuando permite a éstos la entrada, y concluye solicitando que se deje sin efecto el requerimiento realizado al demandado en cuanto al régimen de visitas y al deber de información, toda vez que –se razona finalmente– por parte del ejecutado se está dando puntual cumplimiento al mismo.

Nuevo escrito del ejecuto indica que el día 21 de enero de 2005, obligó –como está haciendo desde que tiene la guarda y custodia de sus hijos– a sus hijos a salir a la puerta de su domicilio y señala que a los pocos minutos de estar los menores en la calle, agentes de la guarda civil requirieron la presencia del demandado dado que, al parecer la madre se había mostrado de forma violenta contra sus hijos obligándoles a que se fueran con ella, y se indica que tras mantener una discusión la señora Guadalupe con la Fuerza Pública, al certificar ésta que se había dado cumplimiento por parte del ejecutado a la obligación de entregar a la madre a los menores, doña Guadalupe abandonó el lugar de los hechos sin llevarse a sus hijos consigo, y que tras contactar los agentes con el Juzgado en funciones de Guardia, éstos autorizaron a que el padre se hiciera cargo de los menores.

Se presenta escrito de impugnación a la oposición formulada de contrario y se aporta por la actora informe psicológico que reflexiona sobre un SAP.

Tras la celebración de la vista son oídos los menores quienes manifiestan, Arancha, que le han dado muchas oportunidades a su madre, que no quiere ver a su madre los fines de semana alternos

como está establecido, que no le importa verla de vez en cuando o cuando ella quiera.

Por su parte, Alejandro refiere que no hace el régimen de visitas porque ni él ni su hermana quieren ver a su madre, porque les ha mentido, insultado y engañado, que también insulta a su padre, relatando que a veces su padre ha intentado que su madre les vea y ella dice que no puede ese día, y que sólo puede cuando le interesa a ella.

Se presenta por la actora escrito solicitando la suspensión de la ejecución, a lo que se accede instando posteriormente la reanudación por lo que se acuerda levantar la suspensión de la ejecución, suplicando el 10 de enero de 2006 que los niños sean entregados en un PEF, lo que se deniega según consta al folio 235 de los autos.

En aquel informe psicológico que se practica en las actuaciones se pone de manifiesto que ambos menores permanecen en todo momento al lado de su padre e interaccionando entre ellos con normalidad, destacando que cuando los menores se encuentran con su madre, la madre les saluda y recibiendo sólo un «hola» de la menor Arancha en tono distante y sin ninguna intención de continuar hablando.

Se considera que una vez que los hijos viven con la figura paterna, en un entorno en el que ambos «manifiestan encontrarse mejor, percibiendo que son más atendidos en sus necesidades y con la presencia cotidiana de otras figuras de relevancia para los menores (su hermana Marta), (...) Rechazando la figura materna».

Respecto del padre se pone de manifiesto que parece haber tenido en cuenta las necesidades de sus hijos y así es percibido y verbalizado por ambos menores, comparte con los menores detalles del proceso judicial, mantiene una actitud pasiva ante la negativa de los menores a relacionarse con la figura materna y hace crítica abierta de la actitud y comportamiento de la progenitora materna.

Por su parte en cuanto a la madre se indica que según perciben los menores y así lo verbaliza la madre ha tenido menos en cuenta las necesidades de los menores y en su afán por recuperar la relación con los hijos ha desacreditado al progenitor

paterno y le ha hecho responsable de la situación, y ha puesto de manifiesto conductas desadaptadas en relación a sus hijos menores (adopción de postura victimista, recriminaciones hacia su comportamiento y amenazas) y se evidencia falta de habilidades respecto a la relación con sus hijos menores teniendo dificultades para distanciarse del conflicto entrando en provocaciones hostiles.

Y de todo ello, se concluye que los menores se han visto inmersos en un conflicto de lealtades, se valora conveniente la no interrupción de la relación materno-filial, y se señala que aunque los menores rechazan el contacto con ella en el momento actual dejan ver el malestar emocional que les ocasiona esta situación informando que la unidad familiar acude a la Unidad de Orientación a la Familia ante momentos difíciles pudiendo desde este recurso recomendar las pautas más adecuadas y el modo en el cual reiniciar el contacto materno-filial.

De todo ello es claro que no puede concluirse el incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre, en los términos que se configuran por la demandante por lo que la oposición del demandado ha de ser estimada lo que determina en este punto el acogimiento de este motivo de apelación y conlleva la revocación de la resolución recurrida, debiendo por ello revocar también la imposición de costas realizada en el auto apelado y declarando que no se hace especial imposición de las costas causadas en la primera instancia, disponiendo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, –en atención a las especiales circunstancias concurrentes en el caso y todo ello según lo que dispone el artículo 394 de la LEC– manteniendo no obstante el acuerdo adoptado en dicho auto relativo a que la unidad familiar acuda a la Unidad de Orientación a la Familia dependiente de la CAM, tal y como se había propuesto por el equipo Psicosocial, y que como tal, no se había solicitado en el escrito de demanda ejecutiva, ni se había acordado en el auto que despachaba ejecución y teniendo en cuenta el interés siempre prioritario de los menores.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Estimación de la oposición a la ejecución de un pacto del convenio regulador, habida cuenta que cumpliéndose la condición resolutoria que en éste se contenía quedaba sin efecto la obligación que se pretende ejecutar.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, AUTO DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Luis Sanabria Parejo

Frente al auto desestimatorio de la oposición basado en la inexistencia de un pronunciamiento condenatorio en el convenio regulador que homologa la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo se alza el apelante reproduciendo en el escrito de interposición del recurso que consta en las actuaciones las mismas consideraciones alegadas en la primera instancia solicitando la nulidad del despacho de la ejecución por no existir el pronunciamiento de condena que dé lugar a la Ejecución dineraria que se ha instado.

Sentado cuanto antecede se ha acreditado documentalmente que el convenio regulador de fecha 10 de febrero de 2005 que consta a los folios 19 a 22 de los autos y que fue aprobado por la Sentencia de fecha 10 de enero de 2006, contiene en su estipulación quinta una liquidación de la sociedad de gananciales en la que se adjudica a la ejecutante la cantidad de 36.000 euros que el esposo ha de hacer efectiva a la esposa en el plazo de treinta días a contar desde la sentencia anteriormente reseñada, y se establece que en el caso de que el esposo dejara de cumplir tal obligación dicha liquidación de la sociedad legal de gananciales quedaría sin efecto procediéndose a la venta de la casa que se adjudicaba al esposo y, una vez satisfechas las deudas reseñadas, se dividiría el remanente entre ambos cónyuges por mitad. De la lectura de la citada estipulación está

claro que nos encontramos ante una obligación de pago sometida a una condición resolutoria, y no cabe duda de que la misma se ha cumplido, es decir, transcurrido el plazo de un mes a contar desde la sentencia que aprobaba el convenio, no se ha pagado la cantidad establecida, por lo que la liquidación prevista carece de todo efecto, incluida la obligación de pago de la cantidad que se pretende ejecutar, circunstancia esta conocida por la ejecutante en el momento en que insta la presente Ejecución. Establecida la anterior condición resolutoria en el propio convenio mediante el respeto al principio de autonomía y libertad contractual que sanciona el artículo 1.25 del Código Civil con los límites que en dicho precepto legal se señala, resulta obvio que la voluntad de las partes es manifiesta en el sentido de dejar sin efecto y nula la liquidación reseñada entre cuyas obligaciones se incardina la de pago de los 36.000 euros, por lo que el recurso ha de estimarse y decretarse la nulidad solicitada en virtud del artículo 559.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y todo ello sin perjuicio de que, al parecer, dicha cantidad ya ha sido abonada a la ejecutante con posterioridad al dictado de la resolución apelada y de la voluntad de las partes para la rehabilitación del convenio anteriormente reseñado si es que lo considerasen conveniente, circunstancias que no afectan al presente procedimiento.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se desestima la demanda de restitución de la menor ya que según resulta del informe pericial obrante en los autos y de los informes del Colegio en el que la menor está escolarizada, está plenamente integrada en su nuevo medio, coligiéndose del informe pericial que la separación de la menor de su madre, que ha venido cuidándola desde su nacimiento, pondría a la menor en grave situación de riesgo, causándole incluso, posiblemente, un conflicto de identidad, con sentimientos de pérdida y abandono, inseguridad y desorientación en un período evolutivo significativo y decisivo para su desarrollo.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Inmaculada Suárez Bárcena Florencio

Frente a la Sentencia de instancia que, acogiendo la pretensión deducida por el Abogado del Estado en

representación de la Autoridad Central Española en aplicación del Convenio sobre los aspectos

civiles de la sustracción de Menores aprobado en la Haya el 25 de octubre de 1980, y ratificado por España mediante instrumento de 28 de mayo de 1987, ordena la restitución de la menor Carla a su padre, interpone la madre de la citada menor recurso de Apelación, a fin de que se deje sin efecto la resolución combatida y, en su lugar, se desestime la solicitud de restitución al concurrir excepciones previstas en el artículo 18 del citado Convenio, puesto que la menor está integrada plenamente en España, deduciéndose un grave peligro psíquico para la misma si retornara a su país de origen, habiendo consentido el padre el traslado de su hija. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, en trámite de oposición de Recurso de Apelación, han solicitado la confirmación de la Resolución Recurrida.

El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en la Haya en 25 de octubre de 1980, tiene por objeto adoptar medidas urgentes para que el menor retorne al lugar de su residencia habitual si el desplazamiento ya se ha producido y prevenirlo respecto al derecho de visita, cuando aún no se ha producido. Así, en su artículo 3, apartado a), se considera, a los efectos de la aplicación del Convenio, que el traslado o retención de un menor es ilícito «cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención», añadiendo, en su último párrafo, que dicho derecho de custodia puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado. Sobre dicha base, establece el artículo 1, apartado a), que la finalidad del convenio es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante. El Convenio tiende, efectivamente, a reponer la situación del menor al momento anterior a la actuación ilícita, estableciendo en su contenido que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata, terminología imperativa que se reitera en el párrafo 2.º del mismo precepto, con el importante matiz de su inciso final «salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio», cuando el procedimiento se inició después de la expiración del plazo de un año desde que se produjo el traslado o retención ilícita. Por su parte, el vigente artículo 1908 de la LEC de 1881, reformado por la Ley de protección jurídica del menor, establece que el juez debe resolver «en

interés del menor y en los términos del convenio», lo que supone analizar cada caso concreto a fin de determinar el interés del menor cuya restitución se reclama, como asimismo se infiere del conjunto de disposiciones del propio Convenio, en especial el artículo 13, que confieren un amplio arbitrio al órgano judicial del Estado en que se encuentra el menor trasladado o secuestrado. Así se prevé la posibilidad de que la restitución del menor sea denegada cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Igualmente podrá la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido, rechazar la restitución si la persona, institución u órgano que se opone a su restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

Además del Convenio de la Haya, para resolver la cuestión planteada, se ha de tener en cuenta el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de Resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, reglamento que, ciertamente prevalece sobre la legislación nacional y se aplica a partir del 1 de marzo de 2005 a todos los Estados miembros de la Unión Europea (excepto Dinamarca), y cuyas normas prevalecen sobre las del Convenio en las relaciones entre Estados miembros en los asuntos regulados por el Reglamento, cuyo espíritu es el de disuadir a los ciudadanos de los estados miembros de la sustracción parental y, cuando la misma tenga lugar, proveer la pronta restitución del menor a su Estado, miembro de la unión Europea, de origen. Por ello, para decidir en la materia que nos ocupa, el juez o tribunal del Estado requerido, ha de aplicar el Convenio de la Haya citado, completado por el Reglamento de la Comunidad Europea analizado. El artículo 11 del repetido Reglamento, consagra como principio General, que la autoridad judicial del Estado requerido ordene la inmediata restitución del menor, reduciendo las excepciones de la letra g) del artículo 13 del Convenio a un mínimo, disponiendo que aun cuando el menor, ante la restitución, pueda estar expuesto a un peligro físico o psíquico, sea restituido, si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para paralizar la protección del menor tras su restitución. En el caso de autos si bien es cierto que los tribunales Británicos han otorgado al padre los derechos de custodia de la menor cuya restitución al país de origen se pretende, y que por tanto su traslado desde el país de origen a España y permanencia de la niña en este país, ha de reputarse ilícita, no es menos cierto que la menor, según resulta del informe pericial

obstante en los autos y de los informes del Colegio en el que la menor está escolarizada, está plenamente integrada en su nuevo medio, coligiéndose del informe pericial que la separación de la menor de su madre, que ha venido cuidándola desde su nacimiento, pondría a la menor en grave situación de riesgo, causándole incluso, posiblemente, un conflicto de identidad, con sentimientos de pérdida y abandono, inseguridad y desorientación en un período evolutivo significativo y decisivo para su desarrollo, lo cual, autoriza conforme a los artículos 13.b) del Convenio de la Haya y 12 de dicha normativa, la denegación de la pretensión de restitución de la menor, toda vez que la niña está plenamente integrada en la localidad de Cómputa, en la que actualmente reside en compañía de su madre y de la pareja de ésta con la que está perfectamente identificada, y en la que se encuentra escolarizada, con un resultado bueno, siendo así que su restitución al país de origen pondría a la misma en una situación de grave riesgo psíquico, toda vez, que el informe pericial obrante en los autos y practicado en su seno, por la perito adscrita al juzgado de familia, acredita las graves consecuencias que para la menor supondría separarla de su madre. A ello no empece, el contenido del artículo 11.4 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, de la Unión Europea, por cuanto que no

obstante consagrar dicho precepto la obligación, para la autoridad judicial del Estado requerido, de ordenar la restitución del menor, aun cuando pueda estar expuesto a esos peligros físicos o psíquicos, para ello es preciso que se haya acreditado que el estado de origen y requeriente, ha adoptado o está dispuesto a adoptar las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor, tras la restitución y, en el caso de autos, acreditado que la restitución de la menor a su país de origen, entraña para la misma un grave peligro psíquico, empero, no se ha acreditado en el Estado requeriente haya adoptado o esté en disposición de adoptar medidas adecuadas para garantizar la protección psíquica de la menor tras su restitución, lo cual faculta a esta Sala, ante esa falta de acreditación, a denegar la pretensión de restitución deducida por el Abogado del Estado, más cuando, conforme a la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, el interés del menor es el absolutamente prevalente, todo ello sin olvidar las previsiones del artículo 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que, aun no siendo vinculante, ni teniendo eficacia jurídica directa, es un referente importantísimo en nuestro espacio social y cultural.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Teniendo en cuenta que en el acto del interrogatorio la madre justifica la falta de comunicación con el padre en razón de la voluntad de las hijas, se acuerda que continúe la ejecución ya que la madre deberá propiciar las pautas y los presupuestos personales y familiares necesarios que permitan el efectivo cumplimiento del régimen de visitas.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 18 DE SEPTIEMBRE 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, ha solicitado que se desestime la ejecución despachada, interesada inicialmente por la parte demandada, alegando que no depende de la madre el cumplimiento del régimen de visitas de las hijas para con el padre, denunciando que este último no cumple con el régimen establecido en la sentencia.

En cualquier caso, solicita que no se impongan las costas de la instancia.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la resolución apelada.

La cuestión planteada en esta alzada debe resolverse conforme al criterio y el interés del beneficio de las hijas, menores de edad aún, y por cuanto que es necesario preservar en favor del progenitor no custodio, y para mantener los lazos familiares y afectivos entre este último y las menores, el derecho-deber de comunicar unos y otros, y en los términos señalados en la sentencia dictada en

su momento, que debe cumplirse en sus propios términos, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en este sentido, de lo actuado en la presente ejecución se deduce que la madre no ha agotado todas las posibilidades, en el orden personal y familiar, que tiene su favor, como progenitor custodio, de propiciar y favorecer las comunicaciones y visitas entre las hijas y el padre, y no obstante una posible opinión, no fundada ni contrarrestada en razones de peso, de dichos menores para estar con el padre en los períodos establecidos en la sentencia que se ejecuta, de manera que se hace preciso normalizar tales visitas, no solamente con la hija Aroa, con la

que existe una mínima relación, sino con el resto de los menores.

Dicho lo anterior, y sin perjuicio de lo que se resuelva en el futuro, y teniendo en cuenta que en el acto del interrogatorio de la recurrente, esta última justifica la falta de comunicación en razón de la voluntad de las hijas, deberá propiciar la madre las pautas y los presupuestos personales y familiares necesarios que permitan el efectivo cumplimiento del régimen de visitas, y llegado el caso, en el futuro, y si se agota por parte de aquella dicha actitud positiva que favorezca dicha relación, una vez demostrado ello, se resolverá lo que proceda.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No es momento procesal el acto de la vista para solicitar la ampliación de la ejecución, y menos si se tiene en cuenta que no ha asistido a dicho acto el ejecutado, ni su defensa ni representación, lo que determina la vulneración del principio de contradicción en el proceso civil, de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

Debe estimarse la nulidad del despacho de la ejecución que se acordó en el auto hoy apelado, de 20 de septiembre de 2006, y que lo fue en virtud de la expresa petición planteada, por primera vez, por la parte ejecutante en el acto de la vista, y en lo que se refiere a la declaración de la deuda correspondiente al período que transcurre entre el mes de abril y julio de 2006, por importe de 3.389,60 euros.

En efecto, no es momento procesal el acto de la vista para solicitar la ampliación de la ejecución, y menos si se tiene en cuenta que no ha asistido a dicho acto el ejecutado, ni su defensa ni representación, lo que determina la vulneración del principio de contradicción en el proceso civil, de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, pues en ningún caso la vista celebrada podía tener por

objeto, salvo acuerdo en contrario de la otra parte ejecutada, la inclusión de nuevas reclamaciones y la ampliación de una nueva ejecución, sin que haya tenido la oportunidad, dicha parte ejecutada, de formular oposición al respecto.

Por ello, estimando parcialmente el recurso interpuesto, es lo procedente declarar la nulidad del despacho de la ejecución, por importe de 3.389,60 euros, relativo a la deuda existente en el período que transcurre entre el mes de abril y julio de 2006, y en su virtud, deberá la parte ejecutante presentar nueva demanda de ejecución, con observancia, por parte del juzgado, de lo dispuesto en lo establecido en los artículos 556 y concordantes de la ley procesal.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Estando disuelta la sociedad de gananciales, se concede autorización para la venta de bienes comunes (fondos de inversión y títulos valores) a fin de cubrir los gastos de la operación de la hija común.

AP JAÉN, SEC. 2.ª, AUTO DE 4 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Elena Arias Salgado Robsy

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Villacarrillo, y en los autos de referencia se dictó auto, fechado en 9 de febrero de 2007, que contiene la siguiente parte dispositiva: «Que debo autorizar y autorizo judicialmente a doña Rita como administradora judicial a la venta de los Fondos de Inversión existentes en la cuenta de Fondos de Inversión número NÚMooo, de la entidad bancaria «Unicaja», titularidad de ambos cónyuges, así como a la venta de los Valores existentes en la cuenta de Valores de dicha entidad, número NÚMoor, tan sólo hasta cubrir el importe de la mitad del total de los gastos de la intervención quirúrgica que le fue efectuada a doña Trinidad con fecha 13 de diciembre de 2006, en el «Hospital Ruber Internacional», y que será fijado una vez se presente por esta parte las facturas pendientes de ser emitidas y abonadas, relativas a la implantación de las válvulas y el marca-pasos. Una vez efectuada la mencionada operación, se deberá proceder a efectuar por la administradora judicial, el correspondiente informe y rendición de cuentas ante este órgano judicial.»

La resolución que se recurre estima sólo en parte la solicitud de autorización de venta de bienes gananciales, cuya administración tiene encomendada la demandante, esto es autoriza la venta por menor cantidad de la que se solicita, y concretamente por la mitad del importe que resulte definitivamente una vez abonada la totalidad de las facturas correspondientes a la intervención quirúrgica de la hija común, al ser dicha mitad la parte que corresponde abonar al demandado, constituyendo un gasto extraordinario que deben asumir por mitad cada progenitor.

La parte actora, alegando infracción del artículo 1408 del CC impugna dicha resolución y solicita se autorice la venta por la totalidad del importe de la operación quirúrgica de la hija común, por estimar justificado el gasto y la elección de un Centro Privado para la intervención realizada y ser reiterada la jurisprudencia que autoriza la disponibilidad de los bienes gananciales para atender las obligaciones contraídas durante el matrimonio, entre las que se encuentran los gastos extraordinarios por enfermedad de los hijos. Alegaciones a las que se opone

la parte demandada que solicita la confirmación de la resolución por estimarla ajustada a derecho y por disponer la madre de bienes privativos que hace innecesaria la venta de los gananciales para el pago de la operación, y poder reclamar, si procediere, en procedimiento de liquidación de gananciales las cantidades que abone por tal concepto.

Tras la lectura de la resolución recurrida, no alcanzamos a comprender el razonamiento seguido en la misma para limitar la autorización a la venta de la mitad del coste de la operación cuyo pago correspondería al demandado, como no sea que se considera innecesaria la autorización para la venta de la otra mitad cuyo pago correspondería a la actora, lo que tampoco se expresa en la resolución recurrida. Y dicha conclusión, estimamos, no se apoya en argumento razonable, pues si en los bienes gananciales, y en concreto en los fondos de inversión cuya venta se pretende, los dos titulares tienen igual participación, y, por principio, les correspondería a cada uno en su liquidación la mitad a salvo de una adjudicación distinta sobre lo que nada se ha dicho, y finalmente, se solicita por la demandante la venta, para suplir la voluntad del demandado, la conclusión lógica, estimada la necesidad y la idéntica obligación de ambos titulares de asumir el gasto, es conceder dicha autorización para que el gasto lo soporten los bienes comunes, sin excluir la parte que correspondería a la demandante, que es precisamente la que lo solicita, como administradora encargada de la gestión y como cotitular de dichos bienes.

Otra cosa, esto es, lo acordado, además de no resultar lógico, produciría un evidente perjuicio en la demandante, al tener que afrontar su parte del gasto con su peculio particular, que al menos en la pieza no consta posea, y manteniéndose como ganancial lo que reste tras la disposición autorizada, pero con un derecho de crédito sobre dichos gananciales por la cantidad abonada con sus bienes privativos que del que tendría que resarcirse, mediante la reducción en la parte del demandado, a la hora de la liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad de gananciales, y sin obtenerse en definitiva ningún beneficio.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se desestima la petición de nulidad de la escritura de aportación de bienes a la sociedad de gananciales en base a inexistencia de consentimiento, a causa de la situación de deterioro mental que sufría y que le impedía regir adecuadamente su persona y bienes y discernir el alcance de sus actos, toda vez que esta alegación es contradictoria con seguir desempeñando un trabajo que exigía un cierto grado de concentración, pues mecanografiaba los informes médicos que se efectuaban en la clínica en la que trabaja. El perito psicólogo no pudo más que teorizar, sin llegar a afirmar la eliminación de las facultades mentales de su paciente cuando celebró el negocio jurídico que se pretende anular.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

En el escrito rector del procedimiento por doña María Inés se interesaba, en primer lugar, la declaración de nulidad de la escritura pública otorgada ante el Notario Sr. Tahoces Rodríguez, en fecha 28 de junio de 2004, núm. de protocolo mil doscientos noventa (por error se hacía constar mil quinientos treinta y cinco) y por la que ella, casada con el demandado don Francisco, aportaba a la sociedad de gananciales el piso vivienda NÚMooo NÚMoor, tipo A, sito en la NÚMoo2 planta del edificio en León, CALLEooo, números NÚMoo3 y NÚMoo4, con entrada por el portal núm. NÚMoo4, hoy núm. NÚMoo5, así como las seis cuarenteavas partes de los locales comerciales sitos en la planta baja del mismo edificio, y se interesaba, así mismo y en segundo lugar, la declaración de nulidad de dicho negocio jurídico.

Se fundaban dichas pretensiones, según consta en la demanda y en las aclaraciones introducidas en la audiencia previa, en la inexistencia de consentimiento, a causa de la situación de deterioro mental que sufría y que le impedía regir adecuadamente su persona y bienes y discernir el alcance de sus actos, así como en el error sufrido al prestarlo, inducido, se viene a decir en el escrito de recurso, por una conducta dolosa del esposo, ya que actuó en la forma en que lo hizo para ver si podía salvar su matrimonio, que se encontraba en una profunda crisis, cuando es así que el demandado la era infiel y tenía adoptada la decisión de separarse de ella.

A modo de consideración previa, hemos de puntualizar que en los casos en que falta uno de los elementos esenciales del contrato (el consentimiento, el objeto, la causa y la forma, en los que ésta tenga un carácter esencial), el mismo es radicalmente nulo o inexistente, en tanto que si, concurriendo aquéllos, alguno está viciado,

el contrato es anulable, considerándose como supuestos de anulabilidad los vicios del consentimiento (la violencia, la intimidación, el dolo y el error), la falsedad de la causa y el defecto de capacidad civil.

En relación con el consentimiento y las enfermedades físicas y mentales que lo eliminan al eliminar el entendimiento y voluntad y la capacidad de entender y querer, en principio la capacidad del no incapacitado judicialmente se presume y, por lo tanto, la falta de capacidad debe probarse de un modo evidente y completo, prueba que no deberá dejar margen racional de duda cuando el concreto negocio jurídico haya sido realizado mediante el otorgamiento de escritura pública notarial, puesto que la adveración del fedatario autorizante reviste especial certidumbre (STS de 7 de octubre de 1982).

Por otra parte, en relación con el error como vicio del consentimiento, si bien es cierto que puede invalidarlo cuando recae sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, o sobre la persona cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal de su celebración, conforme se dispone en el artículo 1266 del Código Civil, no lo es menos que, para que tal efecto se produzca, es indispensable que el mismo sea sustancial, no imputable al que lo alega en su favor, es decir, excusable y que se derive de hechos desconocidos para quien lo prestó, insistiendo la jurisprudencia en que ha de apreciarse con un criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio y que su apreciación exige «la constatación como cuestión de hecho, de una equivocación sustancial, al contratar, no vencible por la normal diligencia en la información o, en el caso del dolo, la inducción del error por maquinaciones graves

que formaran un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante» (Sentencia de 27 de enero de 1988, que cita las de 7 de septiembre de 1986, 1 de octubre de 1986, 4 de diciembre de 1986 y 30 de octubre de 1987).

Finalmente, en relación con los motivos que llevaron a la celebración de un determinado negocio jurídico, la jurisprudencia afirma que no son otra cosa que los móviles o impulsos puramente subjetivos de los contratantes y que ordinariamente carecen de trascendencia jurídica, a menos que se incorporen a la declaración de voluntad, por lo que el principio de seguridad jurídica obliga al intérprete a no reconocerles valor alguno, como circunstancias externas al acto contractual, salvo que hayan sido reconocidos por ambas partes o la ley mande contemplarlos expresamente.

Expuesto el contexto normativo y jurisprudencial aplicable a la cuestión o cuestiones debatidas, debe ahora analizarse, en vista de las pruebas practicadas, si concurren los presupuestos necesarios de las acciones ejercitadas, y tras el visionado de la grabación del juicio y el examen de las pruebas documentales aportadas, este Tribunal llega a las mismas conclusiones a las que llegó el Juez de la primera instancia.

La prueba testifical y pericial practicada para intentar desvirtuar el juicio de capacidad emitido por el Notario, ha de reputarse insuficiente. El Psicólogo don Armando aludió al estado de tristeza, cansancio físico, angustia y llanto que presentaba doña María Inés cuando la examinó por primera vez en su consulta el día 8 de junio de 2004, fruto de un trastorno mixto ansioso-depresivo y consecuencia de problemas y conflictos familiares y de pareja, llegando incluso a afirmar, en abstracto, que con nivel de angustia muy alto cabe la posibilidad de que quien acuda a una Notaría no se entere de nada sobre el concreto acto o negocio celebrado ante el Notario. Y en la misma línea y para destacar la depresión nerviosa que sufría la citada, comparecieron a declarar su hermana, doña Julia y dos amigas y compañeras de trabajo, doña Andrea y doña Nieves; mas, con todo, la prueba no elimina la duda, pues es contradictorio con un estado que elimine las facultades mentales que le permitirían querer y comprender

sus actos con el hecho de seguir desempeñando un trabajo que exigía un cierto grado de concentración, pues mecanografiaba los informes médicos que se efectuaban en la Clínica en la que trabaja; la propia actora, al ser interrogada en el juicio, aún diciendo que no sabía muy bien a lo que iba a la Notaría y que no entendió muy bien lo que les leyó el Notario, dijo que «estaban mal (la pareja) y pensó que su matrimonio iría mejor si iba a la Notaría», lo que entra en contradicción con el estado de semiinconsciencia que se pretende poner de relieve; y el propio Psicólogo no pudo más que teorizar, sin llegar a afirmar la eliminación de las facultades mentales de su paciente cuando celebró el negocio jurídico que se pretende anular.

Y por lo que al error se refiere, ninguna prueba se ha practicado que evidencie las maquinaciones del ahora apelado para llevar a la recurrente a la firma del documento, ni el error que la representación de esta última dice sufrió. Son varias las situaciones que se nos ocurren como posibles para llevar a la Sra. María Inés a aportar su vivienda a su sociedad conyugal: desde que efectivamente trataba de salvar su matrimonio, ya habiendo razonado en el anterior Fundamento que los móviles de los contratantes son subjetivos y en principio carecen de valor, hasta que la casa, adquirida con un préstamo hipotecario a devolver en muchos años, estaba siendo pagada con el esfuerzo de ambos cónyuges, posibilidad con la que tiene una mejor explicación el hecho de que cuando la Sra. María Inés presentó contra su esposo la demanda de separación, en la misma, en el Hecho Quinto, literalmente se decía «En cuanto al uso de la vivienda familiar nada se solicita al respecto, puesto que el que ha sido domicilio familiar ha sido dejado libre por ambos cónyuges, desde que cesaron en la convivencia, a últimos de octubre, de forma que el mismo está cerrado, hasta que los cónyuges procedan a la liquidación de los bienes gananciales». Dicha demanda se presentó en el Juzgado el 10 de diciembre de 2004, es decir, casi seis meses después del otorgamiento del negocio jurídico que se pretende anular y bajo dirección letrada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La fase de formación de inventario no es la adecuada para pronunciarse acerca de las cuestiones litigiosas que puedan suscitarse respecto de la titularidad de los bienes que figuran a nombre de un tercero y se solicita su inclusión.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana del Ser López

El problema fundamental en el que se insiste en el escrito de recurso se plantea por estar las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, y se dice que los trámites del juicio verbal no serían adecuados para determinar la propiedad de los inmuebles, siendo precisa una demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones correspondientes.

En el sentido expuesto por la parte recurrente se pronunció la Audiencia Provincial de Cádiz, en la Sentencia de 17 de abril de 2002, que declaró «Esta Sala discrepa del criterio del juzgador *a quo* y no porque realmente y finalmente dicho bien no haya de formar parte del caudal hereditario sino porque no es procedente que en la resolución que da término al incidente planteado se pueda resolver esta cuestión que por ser compleja al revestir una serie de características ha de ser en un juicio declarativo donde se resuelva la cuestión planteada. Y ello en cuanto que lo pretendido es una acción contradictoria de dominio que persigue destruir la presunción registral a que hace mención el artículo 38 de la LH, y a fin de que se declare la titularidad del bien inmueble y de que consiguientemente se adapte el registro a la realidad jurídica extra registral, por lo que la oposición encierra una petición de nulidad y cancelación del asiento correspondiente petición que en una época se exigió por la jurisprudencia que fuese expresa (Sentencias de 7 de diciembre de 1982, 24 de abril de 1983 entre otras), pero que posteriormente se entiende implícita en la pretensión principal (Sentencias de 30 de septiembre de 1992 y 20 de octubre de 1993 entre otras). Asimismo y conforme a reiterada y pacífica jurisprudencia, el artículo 38 de la LH preceptúa «que a todos los efectos se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo» disponiendo el artículo 1250 del Código Civil que «las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas». Por tanto, el registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario». Y en todo caso no se puede ignorar que la inscripción es a favor de la sociedad de gananciales, no hallándose el cónyuge llamado al proceso, debiendo en este punto señalar que como

señalara el TS, en la Sentencia de 19 de marzo de 2001, cuando se trata del ejercicio de acciones reales contradictorias o limitativas de dominio se hace necesario que aquel que se crea asistido de alguna de dichas acciones las 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. En semejantes términos se expresa la Sentencia de la AP de Asturias de 24 de marzo de 2003, SAP de Guipúzcoa de 14 abril 2004 y AP de Albacete de 20 de octubre de 2005.

Analizando en profundidad la cuestión, efectivamente parece que la pretensión de inclusión de ambos bienes inmuebles en la herencia no puede ser dilucidada dentro de los cauces del presente procedimiento. En primer lugar dicha pretensión implica la necesidad de cancelar las inscripciones registrales de los bienes a favor de la apelante y de su cónyuge y a este respecto el artículo 38 de la L. Hipotecaria, establece una presunción legal de titularidad del bien a favor del titular inscrito y que como consecuencia de ello «no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente». En segundo lugar, la inscripción sólo puede ser cancelada mediante el ejercicio de una acción que contradiga su dominio, lo que acontece en los supuestos de las acciones reivindicatoria, declarativa de dominio o nulidad o rescisión de un determinado negocio jurídico.

Por contra, el artículo 794 de la LEC, conforme al que se ha celebrado el juicio, señala que la sentencia que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario dejará a salvo los derechos de terceros; y el artículo 787.5 que es en realidad el que regula la formación de inventario dentro de las operaciones divisorias en el procedimiento para la división de la herencia, y para el caso de que exista disconformidad con cualquiera de dichas operaciones, señala que «la sentencia que recaiga se llevará a efecto conforme a los dispuesto

en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados, hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda».

La interpretación de dicho precepto, conforme a un criterio sistemático en relación con los que integran la sección, y en relación a sus antecedentes legislativos, obliga a entender que la formación de inventario, que está prevista como un trámite previo a las operaciones divisorias (artículo 795), no permite pronunciarse acerca de las cuestiones litigiosas que puedan suscitarse respecto de la titularidad de dichos bienes, ya figuren a nombre del causante y alguien solicite su exclusión del inventario y mucho menos cuando figuran a nombre de un tercero y se solicita su inclusión.

Dichas actuaciones tienen su antecedente legislativo dentro del juicio voluntario de testamento regulado en la anterior LEC. Pues bien, en los artículos 1066 y siguientes, una vez formado el inventario, no se contemplaba la posibilidad de que se suscitasen contiendas en cuanto a la titularidad de los bienes, ya que dicho precepto se refiere a «la descripción de los bienes de la herencia», es decir, de titularidad del causante. Y cuando ya se habían realizado las operaciones divisorias y no existía conformidad sobre las mismas, el artículo 1088 ordenaba dar al asunto la tramitación del juicio declarativo que por la cuantía correspondiera, con una solución similar a la prevista en el artículo 1817 para los casos de oposición a un expediente de jurisdicción voluntaria.

En tal sentido, las resoluciones dictadas sobre la posible nulidad, inexistencia o ineficacia de un contrato que afectase a la titularidad del bien, por simulación, lo fueron en el ámbito de un juicio declarativo, seguido con todas las garantías que exigía la entidad de la cuestión discutida.

En la actual LEC, el artículo 787 contiene una regulación similar a la prevista en la anterior para la práctica de las operaciones divisorias, con la diferencia de que ahora, en lugar de dar el trámite del juicio declarativo que por la cuantía correspondía, se ordena continuar el procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. No cabe sin embargo admitir, que dentro de dicho juicio quepa discutir las mismas cuestiones que antes se ventilaban en el juicio declarativo seguido tras la oposición a las operaciones divisorias, puesto que aquel juicio terminaba con sentencia con autoridad de cosa juzgada, mientras que ahora, el artículo 787.5 niega tal autoridad a la que recaiga en el juicio verbal. Y tal falta de autoridad implica la imposibilidad de obtener la rectificación del asien-

to registral, por cuanto el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria establece que cuando la inexactitud del Registro (desacuerdo entre lo que consta en el mismo y la realidad jurídica extra registral), procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, la rectificación precisará del consentimiento del titular, o en su defecto, resolución judicial.

En el caso que nos ocupa resulta necesaria tal rectificación a los efectos de declarar la propiedad de los bienes a favor de los causantes para integrarlos en la masa hereditaria, y sólo cabe su obtención al amparo de una resolución judicial firme, puesto que de otro modo se verían afectados los derechos de terceros, teniendo en cuenta que uno de los inmuebles se encuentra inscrito a favor de la sociedad de gananciales de la apelante y su cónyuge no es ni siquiera parte en este procedimiento y la finca rústica fue vendida por ambos esposos a un tercero protegido por la fe pública registral.

En definitiva, todo lo expuesto, deriva de que lo concretado en un documento público respecto a un bien discutido, mientras no conste su anulación o pérdida de eficacia, debe ser sin más respetado a la hora de determinar su inclusión o exclusión del inventario y en caso de que se presenten dudas razonables por existir documentos o pruebas contradictorias es preferible optar de momento por la exclusión, ya que dentro de esta litis no cabe debatir cuestiones complejas relacionadas con el contenido, alcance y eficacia de negocios jurídicos y actos traslativos del dominio. Las normas procesales son de orden público y de obligado cumplimiento (artículo 1 de la LEC donde se sanciona el principio de legalidad procesal), por lo que no cabe traspasar el objeto y ámbito concreto de cada procedimiento si bien, ello no implica que las decisiones que en este concreto cauce procesal se adopten resulten inmunes a lo que en otro juicio declarativo se decida, en el que sí se habrá podido ejercitar acciones tendentes a declarar la nulidad de determinados negocios jurídicos, bien por considerarlos simulados o por cualquier otra causa.

Así pues, y a modo de conclusión indicar que no cabe por la estrecha vía que permite el juicio verbal que nos ocupa, analizar, valorar y resolver cuestiones complejas sobre titularidades dominicales que pueden incluso afectar a terceros y que por sus especiales características exceden del ámbito abarcado por este juicio incidental que se presume sencillo y ágil en cuanto a su tramitación.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Darle a la escritura pública un valor absoluto en cuanto al contenido de las declaraciones vertidas en ella por las partes contratantes carece de sentido cuando algunas de aquéllas consta que no se compadecen con la realidad, al ser además un hecho notorio y habitual en la praxis negocial que el precio declarado en las escrituras de compraventa sea inferior al real por motivos fiscales. De la cuenta de la que eran titulares el esposo, su hermana y su madre, el mismo día de la compra de la vivienda ganancial consta la expedición de dos talones, docs. 19 y 20, por importe de 1.800.000 pesetas y 5.500.000 pesetas, curiosamente coincidentes con el precio de mercado del piso.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana del Ser López

La Sentencia dictada en Primera Instancia incluye en el pasivo de la Sociedad de Gananciales un crédito a favor del ex esposo por la inversión privativa realizada para la adquisición de la vivienda ganancial por importe de 59.288,25 euros.

En el recurso de apelación formulado la parte discrepa de dicha inclusión alegando que el precio real de la vivienda consta en la Escritura Pública del Contrato de Compraventa por una suma de 3.300.000 pesetas y discrepa de la apreciación de la Sentencia que declara probado que el precio real fue de 8.500.000 pesetas, de las que 7.300.000 pesetas se pagaron con dinero privativo, hecho que se dice no se encuentra avalado por prueba alguna vulnerando el contenido de los artículos 1281 y 1218 del CC, en cuanto a la eficacia probatoria del documento público que se extiende a su contenido.

Si bien es cierto que los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éstos, así como del acto o estado de cosas que documentan, de la identidad del fedatario y de las personas intervinientes con los mismos (artículos 1218.1 CC y 319 LEC), y por otro lado hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieran hecho los primeros (artículo 1218, párrafo 2, CC), también lo es, como jurisprudencialmente se tiene dicho con reiteración, que los documentos públicos no dan fe de la verdad intrínseca de lo que en ellos se declara por los otorgantes, pudiendo ser ello desvirtuado por prueba en contrario (SSTS de 14 de noviembre de 1986, 10 de diciembre de 1986, 3 de octubre de 1987, 13 de octubre de 1987, 19 de diciembre de 1988, 13 de marzo de 1989, 16 de febrero de 1990, 26 de febrero de 1990, 31 de enero de 1991, 7 de marzo de 1991, 12 de febrero de 1992, 2 de julio de 1993, 13 de diciembre de 2000, entre otras).

Los documentos públicos no son medios que gocen de superior valor al resto de las pruebas (SSTS de 19 de diciembre de 1988, 23 de enero de 1990, 16 de febrero de 1990, 4 de junio de 1992, 4 de septiembre de 1997, 23 de noviembre de 1999, 19 de abril de 2000).

La Jurisprudencia aconseja no otorgar a este precepto, artículo 1218 CC, una interpretación extensiva, toda vez que, como ha podido precisar una copiosa jurisprudencia, el valor o eficacia probatoria del documento público no se extiende al contenido del mismo o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes ya que la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba de contrario y sin que esta clase de pruebas pueda considerarse superior a las demás en concurrencia con ellas para demostrar un hecho concreto objeto de la estipulación documental (SSTS de 8 de marzo de 1983 y 4 de febrero de 1986). Ello quiere decir que, partiendo de una presunción de veracidad de lo manifestado en las escrituras públicas, su contenido puede ser impugnado por los demás medios probatorios, no gozando aquéllas de preferencia sobre éstos. La fuerza y eficacia de los instrumentos públicos hay que reconocerla mientras otros elementos de prueba no patenten la verdadera intención de los contratantes y hasta la falsedad de aquéllos.

Partiendo de tal doctrina ha de resolverse la cuestión; y la conclusión no puede ser otra que la desestimatoria de la impugnación, pues, existe una prueba contundente sobre el precio real abonado por la vivienda y la procedencia del mismo. Así resulta que dos expertos en propiedad inmobiliaria declaran que el precio medio de mercado de una vivienda de similares características en el año 1988 era de entre 48.000 y 54.091 euros, muy superior al declarado en la escritura pública. Además la

declaración testifical de la vecina del inmueble que conoció los datos de la transacción es muy clara en cuanto al importe de la compraventa y finalmente el hecho de que el precio del piso no se hubiera modificado desde la fecha de la primera ocupación cuyo precio oficial por tratarse de una vivienda de protección oficial era de 3.300.000 pesetas, lo cual es obviamente absurdo después del transcurso de ocho años.

Por tanto, darle a la escritura pública un valor absoluto en cuanto al contenido de las declaraciones vertidas en ella por las partes contratantes carece de sentido cuando algunas de aquellas consta que no se compadecen con la realidad, al ser además un hecho notorio y habitual en la praxis negocial que el precio declarado en las escrituras de compraventa sea inferior al real por motivos fiscales.

Finalmente los documentos números 17 y 18 de los aportados con la solicitud inicial por el interesado que reflejan los apuntes contables corres-

pondientes a la cuenta de la que eran titulares el esposo, su hermana y su madre, cuenta en la que se ingresaron los importes de la venta de fincas privativas y de la que el mismo día de la compra de la vivienda ganancial consta la expedición de dos talones, doc. 19 y 20, por importe de 1.800.000 pesetas y 5.500.000 pesetas, curiosamente coincidentes con el precio de mercado del piso, documentos que acreditan plenamente que la aportación de dicho precio fue privativa y en consecuencia procede la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

Se recurre en apelación por doña Mónica, abuela paterna de la menor Frida, nacida el día 3 de septiembre de 2003, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de los de León, que desestimó la impugnación formulada por la misma contra la declaración de desamparo, una niña que cuenta en la actualidad con tan sólo tres años, y que fallecida su madre en el mes de junio de 2005, el padre don Miguel Ángel, nunca le ha proporcionado atención alguna.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Que la determinación del régimen económico-matrimonial no sea un objeto propio del litigio de divorcio es cuestión que puede discutirse, pero en todo caso ello no parece pueda impedir que se efectúe esa declaración en orden a facilitar la liquidación del régimen económico-matrimonial, respecto del cual la sentencia firme produce la disolución, según dispone el artículo 95 del CC.

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Carril Pan

El segundo motivo del recurso reproduce la pretensión ya formulada en primera instancia de que se declare que el régimen económico del matrimonio que ligaba a los litigantes es el de gananciales, declaración denegada por el Juez de instancia en razón a que esa declaración no constituye objeto de los litigios matrimoniales y que, en todo caso, no es una cuestión litigiosa sino aceptada por ambas partes.

Que no sea un objeto propio del litigio de divorcio es cuestión que puede discutirse, pero en todo caso ello no parece pueda impedir que se efectúe esa declaración en orden a facilitar la liquidación del régimen económico-matrimonial, respecto del cual la sentencia firme produce la disolución, según dispone el artículo 95 del CC. Si bien es cierto que esa disolución se produce por la separación de los cónyuges, tal como señala el artículo 1392.3.º del CC, también lo es que

con relativa frecuencia esa legal disolución no se sigue de la liquidación subsiguiente, creándose una situación diferente, que la sentencia del TS de 19 de junio de 1998 calificó de comunidad de bienes, situación que perdura en el tiempo hasta que se realice la efectiva liquidación, no siendo infrecuente que afrontado con posterioridad el divorcio surja nuevamente la cuestión y se plantee la liquidación no efectuada, lo que requerirá del adecuado pronunciamiento en orden a facilitar la apertura de la fase de ejecución, la cual se contempla expresamente en el artículo 91 del CC refiriéndose a que se adopten las medidas precisas para el caso de que no se hubieran adoptado. También en el artículo 807 de la LEC se abre paso a que en la sentencia de divorcio se acuerde esa liquidación cuando señala que será competente para conocer del procedimiento correspondiente el Juzgado que conociere o haya conocido del proceso de nulidad,

separación o divorcio, de lo que se deriva que al que conoce del divorcio nada le impide facilitar a las partes el camino de la liquidación no realizada efectuando el pronunciamiento correspondiente en tal sentido, pronunciamiento que parte de la previa determinación del régimen legal a liquidar, y dado que en el caso de autos el Juez *a quo* estima probado que el régimen económico del matrimonio de los litigantes fue el de gananciales, nada impide declarar que ése fue el régimen que existió

entre los cónyuges, ni disponer que ese régimen se liquide, facilitando el camino de la ejecución de sentencia, lo que no impide que esa liquidación se efectúe por el acuerdo entre las partes o acudiendo al declarativo correspondiente. Por todo ello, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 91 del CC, no habiéndose procedido en su día a la liquidación del régimen económico ganancial de los litigantes procede acordar su ejecución, por lo que el motivo se acoge.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Los pagos de las cuotas de amortización del préstamo, aunque no fuese hipotecario, efectuados desde el nacimiento de la sociedad de gananciales, han de reputarse hechos con cargo a los bienes de naturaleza ganancial y, por ello, como se ha razonado, la parte proporcional de la propiedad de la vivienda deberá ser reconocida con ese carácter ganancial. Proporción que debe calcularse sobre la base de las cantidades netas destinadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales a la amortización del principal del préstamo.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Madaria Azcoitia

Se impugna la sentencia de instancia alegando error en la valoración de la prueba en cuanto estima que el Sr. Alexander abonó el precio de la vivienda, que fue domicilio conyugal, de forma privativa, basándose en que canceló el crédito de la misma antes de contraer matrimonio. Considera la recurrente que el préstamo de la Caja Vital por importe de siete millones de pesetas lo obtuvo como empleado de la misma para adquirir la vivienda y por eso no se inscribió en el Registro de la Propiedad. Añade que con el dinero que pagó al adquirir la vivienda se canceló la hipoteca que tenía la promotora en la Caja de Burgos. Por ello, sobre la base de la parte del préstamo abonada durante el matrimonio, reclama que se declare que la vivienda es en parte ganancial. El segundo motivo de impugnación afecta al plan de pensiones que la Caja Vital suscribió a favor del Sr. Alexander, en la cantidad que esa aportación se revalorizó desde la fecha del matrimonio, hasta la disolución de la sociedad de gananciales.

El Sr. Alexander adquirió la vivienda sita en la CALLEooo núm. NÚMooo –NÚMoor de Vitoria–Gasteiz en estado de soltero, el 18 de julio de 1995, celebrándose el matrimonio con la Sra. María Esther el 3 de octubre de 1998, bajo el régimen de gananciales. Consta acreditado en autos que en su condición de empleado de la Caja Vital obtuvo de ésta un préstamo personal de siete millones de pesetas con la obligación expresa de destinar esa

cantidad a la adquisición de la referida vivienda. Asimismo está documentalmente acreditado que durante la vigencia del matrimonio y el régimen de gananciales la referida vivienda constituyó el domicilio conyugal y se abonaron en una cuenta común de la Caja Vital las cuotas correspondientes a los vencimientos regulares de dicho préstamo.

Frente a ello el demandado opuso que el importe de dicho crédito lo destinó a otras finalidades de consumo y por ello no puede reputarse ganancial una parte de vivienda proporcional a la cantidad abonada durante el matrimonio.

Argumento del demandado que no puede ser admitido pues la constatada existencia del préstamo otorgado el 13 de julio de 1995, aunque no sea hipotecario y por ello no tengo acceso al Registro de la Propiedad, revela que el mismo lo fue con un obligado y expreso carácter finalista concretado en la adquisición de la vivienda de autos. A ello se une que efectivamente la mención a la liquidación de la hipoteca que gravaba el inmueble lo fue en relación a la hipoteca anterior constituida por el promotor en Caja de Burgos (folio 205) y que quedó liberada con el precio pagado por el demandado, cuya cuenta en Caja Vital y los movimientos en las fechas de la adquisición ponen de relieve que efectivamente el dinero obtenido con el préstamo se destinó a dicha adquisición. Circunstancias todas

ellas que desde la perspectiva de las presunciones, artículo 386.1 LEC, acreditan suficientemente el referido hecho. Pero es que es más, la vinculación jurídica que representa la obligación contractual del demandado de destinar el dinero prestado a la adquisición de la vivienda, establece una necesaria y consecuente vinculación de las obligaciones derivadas del préstamo relacionadas con esa adquisición y por ello el dinero ganancial invertido en la amortización del préstamo debe consecuentemente considerarse aplicado al pago de la vivienda.

Sobre esa base, no cabe duda de que la operatividad de los artículos 1354 y 1357 del Código Civil permiten otorgar carácter ganancial en parte a la vivienda familiar, pues la propiedad de la misma corresponderá pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas. No ofrece duda la equiparación, a estos efectos, entre las amortizaciones del préstamo y los pagos de una compraventa a plazos, STS de 31 de octubre de 1989. Conforme a lo cual la vivienda familiar, con-

cepto en que la han venido usando los esposos hasta la separación matrimonial, corresponde proindiviso a la sociedad de gananciales y al esposo, en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

En consecuencia una vez instaurado el régimen de gananciales, a falta de capitulaciones y por el puro efecto automático del artículo 1316 del Código Civil, los pagos de las cuotas de amortización del préstamo efectuados desde entonces, han de reputarse hechos con cargo a los bienes de naturaleza ganancial y, por ello, como se ha razonado, la parte proporcional de la propiedad de la vivienda deberá ser reconocida con ese carácter ganancial. Proporción que debe calcularse sobre la base de las cantidades netas destinadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales a la amortización del principal del préstamo otorgado por la Caja Vital al demandado conforme al convenio colectivo bajo núm. de póliza 231.038/8, en relación con el neto del precio de adquisición pagado.

Por todo ello debe estimarse este aspecto del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Existencia de cosa juzgada en la solicitud de inclusión de deuda en el pasivo de la sociedad de gananciales, ya que con anterioridad interpuso una demanda contra la esposa reclamando el importe de un supuesto préstamo que tanto el esposo como la madre de éste le hicieron a aquélla para pagar la hipoteca de la vivienda que tenía carácter privativo.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José M. Morillo Velarde Pérez

Al amparo de lo prevenido en el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pretendió en la instancia la formación de inventario del activo y pasivo de la sociedad de gananciales que rigió durante la vigencia del matrimonio de los litigantes, declarado nulo por sentencia firme.

El único bien que la parte actora solicitó inventariar era un supuesto crédito contra la sociedad de gananciales que debía reconocerse al cincuenta por ciento al propio actor y el otro cincuenta por ciento a su madre, como consecuencia de un pretendido préstamo que realizó a la esposa para pagar la hipoteca que gravaba el piso adquirido por aquélla con carácter privativo, basando su postura en que la suma prestada procedía de una cuenta de titularidad indistinta entre su madre y él, de donde inferir la condición privativa del dinero, que tuvo como destino la cuenta corriente en la que, según

la demanda, se cargaban las mensualidades del préstamo hipotecario.

La sentencia de instancia resolvió negativamente dicha pretensión por entender que no resultó probado que la cantidad transferida fuera privativa, aplicando la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1347 del Código Civil, pero omitió referirse a la excepción de cosa juzgada, oportunamente aducida por la parte demandada, ya que esa misma pretensión fue sentenciada en firme en autos de juicio ordinario 318/05 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de esta ciudad.

Con la STS de 1 de marzo del corriente año se han de señalar los requisitos jurisprudenciales de la cosa Juzgada:

«A) la intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sea cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articula-

ción procesal (Sentencias de 11 de marzo de 1985 y 25 de mayo de 1995). B) La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (Sentencia de 3 de mayo de 2000) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (Sentencias de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001). C) La identidad de la causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (Sentencia de 27 de octubre de 2000). D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse, o el juzgador no los atendió (Sentencias de 30 de julio de 1996, 3 de mayo de 2000 y 27 de octubre de 2000). E) El juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito y lo pretendido en el segundo (Sentencias de 3 de abril de 1990, 31 de marzo de 1992, 25 de mayo de 1995 y 30 de julio de 1996).

De otra parte, la sentencia de 31 de diciembre de 1998 afirma que «doctrinalmente y con acierto se ha definido la causa de pedir como aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano judicial competente, la tutela jurídica solicitada. De dicha definición se desprende la existencia de los elementos, cuya identidad es precisa, como son a) un determinado *factum* y b) una determinada consecuencia jurídica en la que se subsumen los

hechos»; criterio que se reitera en la Sentencia de 15 de noviembre de 2001 al afirmar que «la causa de pedir no se identifica con las acciones de las que se vale el actor en defensa de sus derechos (Sentencia de 31 de marzo de 1992 que cita las de 9 de marzo y 20 de abril de 1968, 30 de junio de 1976 y 9 de mayo de 1980, así como las de 18 de abril de 1969, 17 de febrero de 1984, 5 de noviembre de 1992 y 11 de octubre de 1993) sino que por lo que propiamente conforma la *causa petendi* son los hechos decisivos y concretos –también cabe reputarlos relevantes– o los títulos que conforman el derecho reclamado y avalan la tutela judicial que se postula, integrando la razón de pedir».

Pues bien, aplicando tales consideraciones al supuesto enjuiciado, resulta evidente que el recurso debe ser desestimado por la concurrencia de dicha excepción.

La parte demandante, alegando los mismos hechos, solicitó del referido Juzgado la condena de la demandada al pago de la cantidad que hoy pretende integrar el pasivo de la sociedad de gananciales, si bien revistió su acción con los perfiles del enriquecimiento injusto, pero sin dejar de argumentar la cantidad reclamada se destinó al pago de las cuotas del préstamo hipotecario, subrayando que con dicho dinero se había realizado una inversión en bien privativo.

Por consiguiente, al margen de que en el primero de los procedimientos se solicitaba directamente la condena al pago de la restitución, mientras que en el segundo la inclusión del crédito en el pasivo de la sociedad de gananciales, lo cierto y verdad es que la *causa petendi* es idéntica en uno y otro caso, pues la finalidad que persigue la parte actora es la misma –la restitución de lo entregado– en todo caso, sustentada en los mismos hechos.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se considera privativo el inmueble adquirido por el esposo al no acreditarse que se adquiriese conjuntamente con la esposa, además, se desestima la alegación efectuada por ésta en cuanto a que la modificación del régimen económico-matrimonial que regía su matrimonio era una mera apariencia formal.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Pilar Manzana Laguarda

Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la sentencia de instancia con base a una errada valoración de la prueba practicada por parte

del Juzgador de instancia, tanto en cuanto a la no consideración de tratarse de una mera apariencia formal la modificación del régimen económico-

matrimonial que regía su matrimonio como en cuanto a la no consideración de la cotitularidad de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal que se reclama. Finalmente alude en un tercer motivo de impugnación en aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto, sobre la que no puede entrarse a conocer dado que supone una desviación no permitida en derecho, respecto de las iniciales peticiones contenidas en la demanda.

Revisadas que son las actuaciones practicadas en la instancia, cual permite el recurso de apelación, la Sala concluye que no se revela ninguna errada apreciación y valoración de la prueba practicada por parte del Juzgador de instancia, que le llevó a concluir acerca de la no estimación de su petición consistente en que se declarara la cotitularidad de determinada vivienda que registralmente aparece a nombre de la contraparte como de su exclusiva propiedad. Y ello por cuanto, la práctica de la abundante prueba documental, la prueba testifical e interrogatorio de las partes practicado, acreditan los siguientes extremos: 1) que al otorgar las partes las capitulaciones matrimoniales en fecha 10 de mayo de 1996 ante el Notario de Valencia don Bartolomé, número de protocolo 1893, pactaron que en adelante regiría su matrimonio el régimen económico de absoluta separación de bienes; 2) en ese momento, no se produjo liquidación alguna del anterior régimen matrimonial que regía su matrimonio desde su celebración en fecha 2 de enero de 1981, y que lo era el de gananciales, bien por no existir nada que liquidar, bien por posponerse para otro momento la efectiva venta de la parte proindivisa que junto con sus cuñados y marido tenía sobre el Chalé de Calicanto inicialmente propiedad de su suegro; 3) Se pactó dicho régimen matrimonial de separación de bienes por expreso deseo de ambos cónyuges, ambos licenciados en derecho, sin desconocer que el suegro de la recurrente contribuyó a dicha decisión así como la propia inspección de la Administración Tributaria, que en aquellos años se encontraba inspeccionando al Cuerpo de Procuradores. 4) En fecha 31 de julio de 1998, el esposo de la recurrente adquirió ante el Notario de Valencia Manuel Mínguez Jiménez, Protocolo núm. 1724, la vivienda sita en Partida de Calvet núm. 28 de Alboraiá, a su exclusivo nombre haciendo constar el régimen económico que regía su matrimonio cual era el de absoluta separación de bienes; 5) En ese mismo acto y número de protocolo consecutivo otorgó escritura para la concesión de un préstamo hipotecario con la entidad bancaria «La Caixa» con el que sufragar la adquisición de la vivienda, préstamo que fue abonado en su integridad por el mismo a través de la domiciliación bancaria de sus plazos de amortización en la cuenta de su titularidad núm. 0200050710, que se

nutría únicamente de los ingresos del Sr. Tomás. 6) Las partes no firmaron documento alguno salvando la titularidad o cotitularidad de la compra; 7) En fecha 6 de junio de 1996 se adquirió por los hermanos Tomás unos locales de la empresa familiar que regentaban –Compañía Autoazahar–, sobre los cuales no se peticiona por la parte recurrente cotitularidad alguna. 8) Los pagos correspondientes a las cargas familiares se repartían entre los cónyuges conforme a sus propias decisiones.

Dicha prueba es reveladora de que las partes asumieron el nuevo régimen matrimonial y se comportaron conforme a su régimen jurídico, adquiriendo para sí lo que quisieron y contribuyendo, como no podía ser menos, ambos, porque ambos tenían ingresos propios al pago de las cargas que conlleva el matrimonio. Y es precisamente así como se comporta un régimen de separación bienes, regulado en los artículos 1435 a 1444 del Código Civil, que las partes, por su formación jurídica deben conocer, en el cual cada cónyuge conserva la propiedad, el disfrute, la administración y disposición de todos sus bienes, tanto los que le pertenecen al contraer matrimonio, como los que adquiera con posterioridad; se caracteriza por la autonomía e independencia patrimonial de los cónyuges: los cónyuges mantienen separados sus patrimonios, hay un patrimonio del marido y otro de la mujer, y a cada uno le corresponde en exclusiva la gestión y disposición del mismo.

Pese a la idea de separación de patrimonios y de responsabilidades, latente en este régimen, los cónyuges para desarrollar su vida familiar, tienen que hacer frente a un consumo y a unas obligaciones comunes, es decir tienen que contribuir, como establece el 1318 CC, al sostenimiento de las cargas familiares. El 1438 CC organiza la forma en que los cónyuges han de contribuir al levantamiento de estas cargas. En primer lugar, la contribución al levantamiento de las mismas ha de realizarse según lo convenido. A falta de convenio, la contribución de cada cónyuge ha de ser proporcional a sus respectivos recursos económicos. Y en el presente caso, las partes convinieron cómo debían hacer frente a esas cargas, lo que en absoluto supone el crear entre ellas la situación de comunidad de bienes que excluye el régimen de separación pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

Frente a esa conclusión se alude por la recurrente a la prueba pericial practicada sobre el documento que aportado en la audiencia previa por la contraparte, y relativo a la venta de los hermanos al padre del Chalet de Calicanto, que concluyó con la afirmación de que la firma que en él se contenía de la recurrente, no había sido puesta por la misma. Y si bien eso, en efecto, es así, no menos cierto es que no puede de ese documento

concluirse como se pretende acerca de la cotitularidad del otro inmueble que se reclama, porque la prueba también ha revelado de este Chale, el que inicialmente era del suegro, que luego lo puso a nombre de los hijos, estando ya casada la recurrente con uno de ellos bajo régimen sociedad de gananciales, que sobre el mismo se constituyó un

préstamo hipotecario con el que se canceló el personal contraído por el esposo de la recurrente para la reforma y acondicionamiento de la vivienda de Alborai, y que finalmente se vendió obteniendo la recurrente la parte del pro indiviso que correspondía a su participación en la propiedad –formal o material– del referido chale.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Estimada la acción rescisoria por fraude de acreedores se declara la nulidad de la adjudicación a la esposa del inmueble que se efectuó en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

AP GRANADA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Requena Paredes

La Sentencia de instancia acogiendo la acción rescisoria por fraude de acreedores declaró la nulidad de la adjudicación en escritura de Capitulaciones Matrimoniales de la finca Registral NÚMoo que con carácter ganancial pasó tras la liquidación de este régimen económico a titularidad exclusiva de la esposa bajo régimen de separación de bienes. Frente a esta decisión se alzan los demandados que la combaten a través de dos motivos principales que no son sino reiteración de los argumentos defensivos que, sin ninguna posibilidad de éxito, ya hicieron valer en la instancia y fueron rotundamente vencidos desde aplastantes y muy atinados argumentos a la que simplemente no se aquietaron los recurrentes que combaten la concurrencia de cada uno de los requisitos cuando en realidad pocas veces encontrará esta Sala supuesto más claro y evidente de instrumentalización de un apresurado cambio mediante capitulaciones matrimoniales, de titularidad dominical sin más objeto que sustraerlo, en perjuicio del acreedor, de la responsabilidad patrimonial que incumbe a todo deudor (artículo 1911 CC), ante cuya práctica, que en este caso rozaba el ilícito penal propio de la insolvencia punible, el Ordenamiento Jurídico reacciona protegiendo al acreedor con la acción ejercitada con tal de que concurren los requisitos que minuciosamente cita y examina la sentencia apelada y vuelve a sintetizar nuestro T. Supremo en la Sentencia de 12 de marzo de 2007, esto es: «La existencia de un crédito anterior a favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor».

Todos y cada uno de estos presupuestos se dan por más que los recurrentes cuestionen su concurrencia desde débiles consideraciones incapaces de alterar el recto sentido del fallo, tratando de excusar más que eximir la flagrante responsabilidad que se les imputa como respuesta a un clamoroso propósito defraudatorio que guió la celebración del Negocio Jurídico parcialmente anulado, con objeto de desplazar hacia su esposa un bien ganancial que ya había sido afectado, aunque no inscrito, por embargo de deudas, luego declaradas judicialmente. En este sentido sostener que la liquidación por resultar equitativa no suponía disminución patrimonial para el deudor constituye entelequia condenada al fracaso que no puede encubrir la realidad de que con ella se evitó la traba y se impidió al acreedor la realización de su crédito que es la esencia del fraude y de la protección que ampara la acción deducida, pues ninguno de los dos bienes adjudicados como son el 95% de las participaciones sociales de la entidad que el propio deudor recurrente administra y a la que afianza en los títulos cambiarios de la que trae causa la deuda ni el supuesto capital en metálico garantizó la deuda de manera efectiva. No lo hizo entonces y no lo ha lecho ahora por más que una y otra vez reitere, transcurridos ya más de cuatro años, toda clase de promesas de pago o de mejora de la situación económica de la sociedad deudora, para impedir o excluir el carácter último y subsidiario o de la acción que nos ocupa (artículo 1911 CC), desde alegaciones a las que dio correcta réplica la propia sentencia recurrida desde toda clase de consideraciones.

Igual sucede con el inconsistente submotivo que insiste en la ausencia de voluntad defraudatoria en la transmisión del inmueble-vivienda, que aún ocupaba el codemandado-deudor durante la trami-

tación del proceso manteniéndolo en el ámbito de su poder de disposición pese a transmitirlo a favor de la esposa. A la completa y precisa fundamentación que en este apartado contiene la sentencia de instancia cabe añadir, con cita en la STS de 30 de octubre de 2006 que el fraude se aprecia y puede existir tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como cuando existe una simple conciencia de causarlo (en este sentido, las SSTS de 15 marzo 2002, 13 junio 2003 y 21 junio 2004). Tendencia a la objetividad observada también en la Sentencia de 6 abril 1992 al entender que en el *consilium fraudis* se incluye toda actividad intencionada o directamente dolosa, así como la simple conciencia de causar un daño, llegándose a cotas de cuasi objetividad pues la jurisprudencia ha ido atenuando el requisito de la *scientia fraudis* «para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria», (STS de 31 octubre 2002,) que añade que «frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor *scientia fraudis*).

Llegados a este punto, comprobada y confirmada por la Sala la prosperabilidad de la acción rescisiva en respuesta a la existencia de cada uno de los presupuestos y requisitos que la habilitan, el

último motivo del recurso y al que menor atención presta la resolución apelada, plantea la cuestión, inocua en las circunstancias del caso, de que el negocio defraudatorio sólo ha podido perjudicar en un 50% de su valor a demandante y que la restitución al estado anterior que implica el acogimiento de la acción Pauliana sólo puede extenderse a esta cuota indivisa de copropiedad. El planteamiento con ser correcto en su enunciado no es tan lineal y desde luego en nada afecta en este estado procesal a la acción declarativa ejercitada. Sin entrar en la compatibilidad de esta acción con el régimen establecido en los artículos 1401 y 1402 del CC, de los cuales se infiere que la liquidación de la sociedad de gananciales no puede perjudicar a los acreedores, pues éstos mantienen las garantías originarias tanto durante el proceso de liquidación como una vez verificado el mismo (*vid.* STS de 1 de marzo de 2006, debe añadirse en respuesta al recurso, que la posibilidad de que todo el bien ganancial responda de la deuda dependerá del carácter de la misma y de la responsabilidad de la masa ganancial (*vid.* STS de 13 de junio de 1986), como responsabilidad *ex lege*, sea por ese régimen especial y *ultra vires* de los artículos 1401 y ss. (SSTS de 18 de julio de 1991 y 18 de noviembre de 1998); sea por la aquí deducida, de habilitar el embargo con la anulación de la inscripción previa y practicar las notificaciones que en su día exigió el deudor al amparo de los artículos 1317 del CC y 144 Ley Hipotecaria y demás preceptos concordantes, por lo que sucumbe también este motivo, ajeno, además, en este estado procesal, a la esencia y alcance de la acción ejercitada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El resultado de la prueba practicada evidencia que no puede entenderse acreditado, en modo alguno, que exista identidad entre el negocio de café-bar que el demandado vino regentando en el Centro Cívico y el negocio de café-bar que, ya vigente la sociedad conyugal, se instaló en local ganancial en el año 1998, se trata de negocios diferentes aunque ambos fuesen regentados principalmente por el demandado, sin olvidar que el local en el que se instaló el nuevo café-bar era ganancial. Por tanto, se declara la calificación como ganancial del negocio de café-bar y su inclusión en el activo de la sociedad de gananciales resulta incuestionable.

AP MURCIA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Joaquín Hervás Ortiz

Frente a la Sentencia de primera instancia, que, en relación con la composición del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales, realiza los pronun-

ciamientos que se contienen en su parte dispositiva, se alcanzan ambas partes, en base a las alegaciones que realizan en sus respectivos escritos de interposición,

solicitando la revocación parcial de la Sentencia en los términos que cada una de ellas señala. Y comen-
zando por el recurso de apelación interpuesto por
el demandado, éste combate, en primer lugar, la
inclusión en el activo de la sociedad del negocio
de café-bar sito en Avenida de Balsicas, número 40
de Roldán (Murcia) y el mobiliario y maquinaria
existente en el mismo, por entender, en esencia,
que se trata de negocio privativo. Y tal motivo de
recurso debe ser desestimado por ser ajustada a
derecho la calificación como bien ganancial del
negocio de café-bar, en base a las razones que el
Juzgador *a quo* expone, debiendo destacarse que el
resultado de la prueba practicada evidencia que no
puede entenderse acreditado, en modo alguno, que
exista identidad entre el negocio de café-bar que el
demandado vino regentando en el Centro Cívico
de Roldán y el negocio de café-bar que, ya vigente
la sociedad conyugal, se instaló en local ganancial
en el año 1998, como se desprende con nitidez de
la certificación del Ayuntamiento de Torre Pacheco
que obra al folio 262 de las actuaciones. En este
sentido, debe destacarse que de dicha certificación
se desprende que se trata de negocios diferentes

aunque ambos fuesen regentados principalmente
por el demandado, sin olvidar que el local en el que
se instaló el nuevo café-bar era ganancial, como
ambas partes reconocen, y que la propia madre del
demandado, que declaró como testigo en la vista,
manifestó que el mobiliario que había en el bar del
Centro Cívico (mesas, sillas, barra) eran del Centro
Cívico y que cuando se abrió el bar en el local
ganancial hubo que comprar mobiliario nuevo; y la
testigo doña Ana María Martínez García dijo, en el
mismo sentido, que el mobiliario que había en el bar
del Centro Cívico pertenecía a dicho Centro y que
cuando se abrió el bar en el local ganancial se puso
todo nuevo, sin que conste que esas adquisiciones
de mobiliario para la realización de la actividad de
café-bar en la nueva sede se realizasen con dinero
privativo del demandado. En definitiva, en base a
lo que se expone en la resolución apelada y en la
presente resolución, la calificación como ganancial
del negocio de café-bar y, por tanto, su inclusión
en el activo de la sociedad de gananciales resulta
incuestionable, debiendo ser desestimado, pues, en
este punto, el recurso de apelación interpuesto por
el demandado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No se aprecia simulación en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los demandados ni la existencia de fraude de los acreedores del marido, ya que a la fecha de la firma de las capitulaciones no existía deuda alguna del esposo y la relación de servicios entre la entidad actora y el demandado ni siquiera había comenzado.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana del Ser López

Frente a la Sentencia de Primera Instancia, con-
forme a la cual, con desestimación íntegra de la
demanda, por no apreciar la simulación en las capi-
tulaciones matrimoniales otorgadas por los deman-
dados ni por tanto la adquisición de determinados
bienes como privativos de la esposa en fraude de los
acreedores del marido, se alza la parte actora en su
escrito de recurso alegando errónea valoración de
la prueba e insistiendo en la nulidad de las capitu-
laciones por la finalidad defraudatoria de las mismas
y el carácter ganancial de los bienes adquiridos a
nombre de la demandada.

Se invoca la simulación absoluta de las capitu-
laciones matrimoniales, al pactarse en perjuicio de
acreedores, con la consiguiente ineficacia de dichas
capitulaciones por fraude de ley; insistiéndose en

todo ello en el Recurso de Apelación, cuyos argu-
mentos reproducen los expuestos en la instancia.

En fecha 21 de diciembre de 2000 los deman-
dados firman la escritura de capitulaciones matri-
moniales a fin de modificar su anterior régimen
económico matrimonial suscribiéndose un régimen
de absoluta separación de bienes, e inscribiéndose
en el Registro Civil de Barcelona donde consta
inscrito el matrimonio.

Debe señalarse, siguiendo los argumentos ple-
namente acertados de la Sentencia recurrida, que
dicho negocio jurídico reviste todas las apariencias
de veracidad, credibilidad y legalidad, que la parte
demandante, hoy apelante, habrá de desacreditar
con la oportuna y pertinente prueba; lo que en
modo alguno se ha producido por parte de aquélla,

ya que de las pruebas practicadas no puede deducirse la existencia de fraude partiendo del dato incontestable de que en la fecha de la firma de las capitulaciones no existía deuda alguna del esposo y la relación de servicios entre la entidad actora y el demandado ni siquiera había comenzado. Ciertamente la deuda existente entre don Daniel y Plataformas Aéreas se produce desde junio de 2001 a febrero de 2002, y por tanto al tiempo del otorgamiento de los capítulos matrimoniales no existía deuda alguna ni posibilidad de defraudar a inexistentes acreedores, mucho más si no resulta que se procediera a repartir ningún patrimonio entre los cónyuges, lo cual no determina la nulidad de las capitulaciones por inexistencia de bienes sino todo lo contrario.

Tras el examen de las pruebas practicadas llegamos a la misma conclusión que la Juzgadora de instancia de que la deuda que motivó el juicio anterior fue contraída por el esposo en régimen de separación de bienes, y así partiendo de la tesis fáctica inmutable, cual es la anterioridad de la variación del régimen de gananciales al nacimiento de la deuda que motiva el ejercicio de la acción de nulidad, no goza de aplicación la reiterada doctrina tendente a proteger los derechos de terceros de buena fe, artículos 1317 y 1333 del CC.

La acción ejercitada cuestiona la validez de las capitulaciones referidas, insistiendo en esta alzada sobre las alegaciones vertidas en la instancia de evidenciar la irrelevancia de dichas capitulaciones que modifican la situación económica matrimonial de los codemandados a los fines de que los bienes adquiridos por la esposa no respondan de la deuda declarada frente al marido. Pues bien, la sentencia de instancia resuelve con acierto la cuestión planteada, ya que aun cuando los bienes gananciales responden de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges, también lo es que con los elementos probatorios existentes no se puede llegar a otra conclusión que la del Juzgador; debiendo de tener en cuenta que el momento en el que se consuma el cambio de régimen matrimonial, es el de otorgamiento de la escritura pública en que se acuerda la modificación.

El artículo 1317 del Código Civil señala que la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio «no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Es cierto que en este caso el esposo demandado no ha pagado la deuda contraída, pero no obstante ello, no se puede olvidar que dicha deuda fue muy posterior a realizar la liquidación de la sociedad de gananciales. Reiterada jurisprudencia, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1986; 10 de septiembre de 1987, 18 de julio de 1991 entre otras, determinan que se trata de evitar

el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, las que pierden su eficacia cuando fueran destinadas a defraudar al acreedor de los otorgantes, sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en juicio previo; si bien en el caso enjuiciado, del conjunto de las pruebas practicadas no resulta acreditado que el contrato se otorgara en fraude de acreedores aun cuando el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe.

Y desestimando de esta forma los argumentos expuestos en el escrito de recurso en relación con la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, debe ser desestimada igualmente la pretensión de declaración de gananciales de los bienes adquiridos por la esposa diez meses después de la firma de las capitulaciones, pues en principio tales bienes son privativos, sin perjuicio de analizar posteriormente la última de las pretensiones de la parte demandante relativa a la declaración de la titularidad pro indiviso a favor de ambos cónyuges de los bienes inmuebles objeto de litis.

El Tribunal Supremo tiene declarado en Sentencias de 23 de septiembre 1990, 16 de septiembre de 1991 y 8 de febrero de 1996, que «la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público», y en parecidos términos se manifiesta la Sentencia de 30 septiembre 1989 al decir que «el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual, que es un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinto de su interno querer». En definitiva, la simulación total o absoluta, *simulatio nuda*, contraventora de la legalidad, implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1275 y 1276 del Código Civil y, por tanto, la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1993).

La doctrina expuesta sobre la simulación contractual impide su aplicación respecto de los contratos de compraventa firmados por la demandada pues la parte actora no insta la nulidad de los mismos sino que partiendo de la validez de la adquisición y por tanto existencia de causa pretende que los inmuebles sean de carácter ganancial o al menos propiedad indivisa de ambos cónyuges.

No se ajusta por tanto la petición formulada por la entidad apelante a la doctrina de la falsedad

o fingimiento de la causa de los contratos, pues no cabe duda alguna que los contratos son ciertos y efectivo reflejo de la realidad, siendo la cuestión discutida relativa a la titularidad de los inmuebles partiendo de que el régimen válido entre los demandados era el de separación de bienes y que el marido firmó la escritura de hipoteca.

Por otra parte, tampoco será posible la aplicación de una acción rescisoria que viene a consistir en un remedio de carácter subsidiario, conforme al artículo 1294 del Código Civil, estableciéndose a favor de los acreedores para proteger y lograr la efectividad de sus créditos en bienes del deudor demandado, exigiendo, a modo de precedente fáctico legal necesario, que se cumplan las previsiones del artículo 1111 Código Civil: existencia del crédito y la celebración por el deudor con posterioridad de actos de disposición patrimonial que atenten directa y frontalmente a dicho crédito, al que de este modo se le vacía de todo contenido en cuanto a su real percepción, en un actuar defraudatorio concebido y ejecutado con el indudable propósito de causar perjuicios y daños constatados al acreedor debiendo darse también la concurrencia de que los bienes perseguidos no hayan pasado a tercero de buena fe (SSTS de 27 de febrero y 26 de noviembre de 1992, 28 de noviembre de 1994). En el supuesto enjuiciado no existe ningún acto de disposición del deudor sobre su patrimonio que haya podido perjudicar el crédito pues precisamente los contratos discutidos consisten en una adquisición de bienes por la esposa que no pertenecían en forma alguna al deudor. No existe, por tanto, la celebración de actos de disposición patrimonial por parte del demandado en daño de la actora acreedora.

En el régimen económico-matrimonial de separación de bienes pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título, de conformidad con lo previsto en el artículo 1437 C. Civil.

Sin embargo, como la convivencia de los cónyuges sujetos al régimen de separación de bienes puede hacer dudosa la atribución a uno de ellos de aquellos bienes cuya adquisición exclusiva no pueda demostrarse, es evidente que el principio general sentado en aquel precepto no puede ser llevado hasta sus últimas consecuencias, y así el artículo 1441 C. Civil dispone que «cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad».

La regla contenida en el artículo 1441 C. Civil ha venido siendo interpretada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que constituye una presunción de condominio si no resulta suficientemente acreditado, al amparo de las pruebas practicadas en el curso del procedimiento, que los

bienes objeto de conflicto son propiedad privativa de uno u otro cónyuge, ya que, como ha señalado la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1997, el citado precepto contiene una presunción *iuris tantum* que respeta la autonomía patrimonial de los cónyuges en régimen absoluto de separación de bienes, al establecer una situación de pro indiviso por mitad, que afecta al haber y disponibilidad dominical de cada uno de los consortes, y que ha de respetarse en caso de deudas contraídas por uno de ellos, por lo que los acreedores de éste deben limitarse a proceder contra dicha participación del bien común.

Frente a las alegaciones realizadas por la parte actora-apelante, ha de convenirse con la Juez de Primera Instancia que las pruebas practicadas en el primer grado del proceso acreditan la titularidad privativa de la Sra. Maite respecto de la vivienda, trastero y plazas de garaje objeto de la acción de nulidad o simulación ejercitada, derivada del hecho de que la compra se efectuó con posterioridad a la firma de las capitulaciones matrimoniales, en fecha 8 de noviembre de 2001, siendo incluso anterior a la conclusión de la relación de prestación de servicios con la entidad demandante que motivó la deuda que pretende hacerse efectiva sobre los bienes privativos de la esposa, no siendo sino posteriormente cuando se presenta demanda de reclamación de cantidad contra el deudor, en fecha 12 de septiembre de 2002, sin constancia de ningún tipo de bien o activo del codemandado que fuera empleado en la adquisición del piso de la esposa.

Además en el oficio remitido por Caja España, folio 422 de las actuaciones, consta claramente que aunque el préstamo hipotecario fuera solicitado por ambos cónyuges, lo cierto es que las cuotas mensuales de amortización del mismo siempre se han cargado en una cuenta de la que es titular únicamente la demandada y en fecha 25 de octubre de 2005 el saldo deudor es de 77.314,81 euros, de los 90.150 euros que fueron objeto de préstamo, fecha en la que no cabe ya duda alguna que los pagos se realizan por la esposa que se encuentra separada, no existiendo ningún dato que permita deducir la concurrencia de una situación ficticia en perjuicio de los acreedores.

El hecho de que en la fecha de adquisición se solicitara un préstamo hipotecario a nombre de ambos cónyuges junto con las declaraciones que a efectos fiscales se realizaran si la vivienda constituyó durante un tiempo el domicilio familiar, son pruebas insuficientes para suponer la adquisición de la misma en pro indiviso, no siendo posible la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1441 del CC pues la regla general se impone cuando existe prueba suficiente del carácter privativo de la adquisición, artículo 1437 del CC.

Como lógico resultado de lo expuesto, se ha de tener por acreditado que los inmuebles adquiridos en noviembre de 2001, son propiedad de la demandada (artículo 1437 del Código Civil), pues la parte actora no ha logrado acreditar cumplidamente la procedencia común del dinero para la

adquisición de los mismos, y por tanto no pudiendo declararse que pertenecen en común, en régimen de copropiedad ordinaria. Todo lo cual obliga a desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirmando íntegramente la Sentencia de Primera Instancia.

REGÍMENES ECONÓMICOS

En ausencia de declaración expresa de carácter privativo de aportación alguna por parte del esposo, con omisión de anuncio concreto de reserva o condición sobre las cantidades ingresadas, ni mención sobre el derecho de reembolso, es evidente la voluntad del consorte de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no precede ningún derecho de reembolso, ni inclusión en el pasivo societario de ningún derecho de crédito a favor de aquél.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández

El primero de los motivos de recurso y los de impugnación 1.º, 2.º y 3.º, tienen una plena conexión, como comunes, por lo que van a ser objeto de examen conjunto, para la estimación de la pretensión de doña Leonor, con desestimación de las deducidas por la representación procesal de don Francisco.

En efecto, por las razones que a continuación exponremos, no procede considerar la existencia de pro indiviso en la titularidad de la vivienda familiar, que en su totalidad es ganancial, como perteneciente a la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, ni es dable estimar en cuantía de 14.055.806 pesetas, ni en importe de 16.055.816 pesetas, una partida en el pasivo del inventario, en concepto de crédito contra la sociedad conyugal a favor del demandado, pues aun cuando se aportara metálico privativo a la adquisición de la vivienda familiar, esta aportación habrá de considerarse como un regalo o una liberalidad realizada por don Francisco, para con su matrimonio, como reiteradamente se viene sosteniendo por esta Sala en consonancia con el expresado en la sentencia de la Sección 22 de esta misma Audiencia Provincial, y en igual línea, que se pronuncia el TS Sala 1.ª, S de 8 de octubre de 2004, núm. 969/2004, rec. 2717/1998, en la que dicho Tribunal argumenta que aunque la regla general es la de presumir la ganancialidad de los bienes del matrimonio, debiendo probar, quien lo alegue, la privacidad de los mismos, sin embargo, ello cede, por lo menos en lo que se refiere a la relación entre los cónyuges, en el caso de que ambos cónyuges de mutuo acuerdo

o uno de ellos haya reconocido a favor del otro esa privacidad, declaración de voluntad que no se ve afectada por situaciones tales como falta de precio, o desproporción del mismo, que no afectan a su validez, todo lo cual cabe tanto cuando se reconoce la privacidad de un bien inicialmente ganancial, como a la inversa, esto es, cuando un bien inicialmente privativo se reconoce como ganancial.

Así, en ausencia de declaración expresa de carácter privativo de aportación alguna por parte del esposo, con omisión de anuncio concreto de reserva o condición sobre las cantidades ingresadas, ni mención sobre el derecho de reembolso, es evidente la voluntad del consorte, de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no procede ningún derecho de reembolso, ni inclusión en el pasivo societario de ningún derecho de crédito a favor de aquél.

Por tanto la disposición del capital en el haber de la sociedad en ausencia de toda manifestación sobre ulterior reembolso, es un comportamiento que se encamina a causar estado en beneficio de la sociedad matrimonial, de donde bien puede considerarse como una liberalidad del consorte para con la sociedad conyugal que constituyó con la contraparte, no siendo sino ahora, una vez producida la ruptura, que surge el deseo de reintegro, lo que va contra los propios actos, toda vez que se verificó por un consorte, con anuencia y conformidad del otro constante el matrimonio y con carácter ganancial, sin reserva, expresión o declaración de ninguna especie.

Es esto último lo acontecido en autos, toda vez que en el otorgamiento de la escritura de compraventa de fecha 21 de diciembre de 1993 (documento obrante a los folios 109 a 117 de autos, a los que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducidos), expresamente se hizo constar libre, consciente y voluntariamente por ambos consortes

que la compra del bien inmueble en cuestión se verificaba en pleno dominio y para su sociedad conyugal, omitiendo anuncio expreso de reserva o condición sobre las cantidades adelantadas, ni mencionando derecho alguno de reembolso, lo que pone de manifiesto la transformación en ganancial del numerario inicialmente privativo.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No puede admitirse la tesis del esposo en cuanto a que no hay compraventa a plazos sino al contado, aunque junto a ella se constituyese una hipoteca.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Ercilla Labarta

Se plantea en primer lugar por el apelante cuál sea la calificación que deba dársele a la vivienda familiar, sita en la Avda. León de Carranza. Efectivamente consta la adquisición por el esposo antes de contraer matrimonio en fecha 2 de agosto del año 1990, escritura en la que la vendedora reconoce el pago de 2.130.000 pesetas, mientras que en cuanto al resto (4.970.000 pesetas) el comprador se subroga en la hipoteca existente sobre el inmueble, procediendo a su pago conforme los vencimientos de la misma se vayan produciendo. El esposo, aun en estado de soltero viene satisfaciendo los vencimientos con caudal privativo, hasta que en fecha 16 de octubre del año 1992 contrae matrimonio, siendo abonados desde ese momento las cuotas hipotecarias con bienes o dinero ganancial. La norma general está contenida en el artículo 1357 Código Civil, conforme al cual, «Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Ahora bien, este precepto tiene su excepción en el párrafo segundo, a cuyo tenor: «Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354, según el cual, «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». Acreditado que se trata de la vivienda familiar, que parte del precio se ha abonado con dinero privativo del esposo y parte ganancial, resulta claro que su consideración debe realizarse conforme a dicho artículo, parte privativa del esposo, por lo que abonó con anterioridad al matrimonio, y parte, el resto, ganancial, en los porcentajes señalados por las propias partes y en

los que están de acuerdo ambas. Plantea la apelada, al igual que mantiene la sentencia de instancia, en que no hay compraventa a plazos sino al contado y, junto a ella, constitución o subrogación, en estado de soltero de una hipoteca sobre dicho piso con amortizaciones del crédito hipotecario pagadas durante el matrimonio con su esposa, la demandada y hoy recurrida, y a este respecto es de aplicar la STS de 31 de octubre de 1989, mantenida por otras posteriores, en la que resolviendo un supuesto semejante indica «el 28 de julio de 1975 el demandante y recurrente don Juan compró el piso de referencia en estado de soltero, constituyendo en idéntica fecha (28 de julio de 1975) un crédito hipotecario sobre el mismo piso, adquirido con vistas al próximo enlace con la demandada y recurrida doña María, con quien contrajo matrimonio en los meses siguientes, concretamente el 20 de diciembre del mismo año 1975, siendo dato indiscutido del pleito, admitido y reconocido por el marido recurrente, que las amortizaciones de la hipoteca que gravaba el piso destinado a vivienda familiar fueron pagadas y hechas efectivas durante el matrimonio de ambos litigantes. Nos encontramos, pues, ante un recurso que formalmente amparado en la, más aparente que real, dualidad de contratos distintos, pretende excluir la aplicación al caso de la norma excepcional recogida en el párrafo 2.º del repetido artículo 1357 y remisión al también citado 1354, ambos del Código Civil, evitando al efecto la calificación de compraventa a plazos y minimizando, en todo caso, el hecho ciertamente relevante de que las amortizaciones del crédito hipotecario con el que se gravó aquel piso (vivienda familiar) fueron abonadas y liquidadas constante matrimonio y a cargo del mismo, extremo este último al que hay que atribuirle las lógicas y equitativas (artículo 3.2 del Código Civil) consecuencias jurídicas, acordes con

el número 3.º del artículo 1357 del propio Código (“son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos”), en aras todo ello de una justicia material rectamente entendida y superadora de ciertos excesos formalistas, propiciadores incluso del fraude de ley que podría suponer entender como decisivo y determinante el hecho formal de que quien compra una vivienda familiar en estado de soltería y en vísperas de contraer matrimonio, constituyendo al propio tiempo una hipoteca sobre aquél a pagar a lo largo de dicho matrimonio, pueda sostener, burlando el espíritu del párrafo 2.º del ar-

tículo 1357 que ese concreto bien (“vivienda y ajuar familiares”) es y sigue siendo privativo, pese a que las amortizaciones del crédito hipotecario constituido paralelamente se hagan efectivas en definitiva durante el matrimonio, resultando patentes en todo caso la equiparación a estos efectos entre dichas amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos». La aplicación de la doctrina referenciada al caso concreto determina la estimación del recurso, y que la calificación de la vivienda familiar, sita en la Avda. León de Carranza, deba entenderse como privativa del esposo don Cristóbal en un 31,639%, y a la sociedad de gananciales en un 68,361%.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La atribución del uso de la vivienda familiar no debe tener reflejo en la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo improcedente incluir en el activo un crédito frente a la esposa equivalente al importe del alquiler de una vivienda.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández

El actor en proceso de formación de inventario de la sociedad legal de gananciales que conformó con la contraparte, recurre la sentencia recaída en autos a 27 de octubre de 2006, interesando en el suplico de su escrito de recurso la revocación parcial de la sentencia de instancia y se dicte otra de mejor derecho en la que se acuerde: 1.º La inclusión de una partida a cargo de doña María Cristina consistente en una cantidad equivalente al arrendamiento de la vivienda perteneciente a la sociedad conyugal, calculado desde el día 4 de junio de 2000 mediante la capitalización al 3% de la tasación de dicha vivienda.

El primer motivo de recurso no puede obtener favorable acogida, con reiteración la doctrina jurisprudencial, SSTS, Sala 1.ª, de 4 de febrero de 1999, de 14 de junio de 2005 y 7 de febrero de 2006, de la Audiencia Provincial de Barcelona, o la de esta misma Sala de 18 de marzo de 2002, entre otras muchas, ha venido sosteniendo la no inclusión en el inventario del derecho de uso de la vivienda atribuido a uno de los consortes al amparo del artículo 96 del Código Civil, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se pronuncia a favor de la consideración del beneficio de la atribución del uso del domicilio familiar, en sede de los procesos matrimoniales, como un derecho de naturaleza real, pues si bien puede tener cierta trascendencia *erga omnes*, y por vía de la anotación de sentencia

tener acceso al Registro de la Propiedad, no ostenta finalmente carácter de derecho real (SSTS de 4 de abril de 1997 EDJ 1997/2745, 21 de diciembre de 1994 y diciembre de 1993).

En igual línea argumental, se ha venido a considerar por la doctrina jurisprudencial que la no valoración económica del derecho de uso en el momento de la liquidación del régimen económico-matrimonial, no supone infracción de precepto legal, dado que no implica una carga a favor del usuario que infravalore la propiedad (STS de 4 de abril de 1995), y es que de hecho, no otorga superiores facultades o derechos que los que confiera al usuario su título de ocupación. En suma la asignación del derecho de uso, del que no se puede privar mientras no se decida especialmente, no constituye un plus de atribución a la hora de partir, por tratarse de una asignación que se efectúa en patología matrimonial, en el momento de quiebra a efectos de mero asentamiento, determinando quien permanece y se ausenta, por incompatibilidad ya de la convivencia, constituyendo un modo legal de dar satisfacción temporal a la necesidad de vivienda de quien merece al momento mayor tutela (STS de 23 de enero de 1998 EDJ 1998/308).

Por tal consideración el uso de la vivienda familiar no integra un crédito, ni por supuesto un débito, como pretende el recurrente, del titular frente a la comunidad, sino una medida de pro-

tección del interés más necesitado de ella, que no encaja, en definitiva, en ninguno de los conceptos del pasivo, que se contienen en el artículo 1398 del Código Civil.

Aun vamos en el caso más allá, el derecho exclusivo de uso de doña María Cristina, en ausencia de pacto, previsión expresa en la sentencia que lo acordó, o posterior resolución judicial a esta

fecha en tal sentido, no finalizará sino al momento de la efectiva disolución de la sociedad conyugal, en tanto en cuanto don Leonardo, aquí apelante, no ha ejercitado acción alguna, a la independización de las hijas menores, tendente a modificar este estado de cosas, por lo que en modo alguno procede incluir ese pretendido derecho de uso en el inventario que nos ocupa.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se desestima la demanda interpuesta por el comprador a fin de que los cónyuges otorgasen escritura pública de venta, al no constar el consentimiento de la esposa habiendo sido suscrito el contrato privado exclusivamente por el esposo. No es obstáculo que la esposa estuviese presente en el momento de la firma, dado que ésta no puso su rúbrica en el contrato y puso reticencias a la venta.

AP MURCIA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez

Que a efectos de resolver las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, en el que se pretende la estimación de la demanda, hay que referir los siguientes particulares: a) Que en la demanda interpuesta en nombre de don Alonso, dirigida frente a don Ricardo y doña María Esther, esposos, se pretende que se eleve a escritura pública de compraventa el contrato privado de fecha 26 de enero de 2004, previa entrega por el demandante a los demandados de la cantidad de 14.500 euros, solicitándose el abono de los gastos y tributos que corresponden al vendedor y a inscribir por parte de los demandados la finca vendida; b) En el documento privado de fecha 26 de enero de 2004, documento núm. 1 de la demanda, folio 12, se refiere «que don Ricardo, es casado, que es dueño de un finca en el término de Ricote, llamada bancal de la tía Rita, que dicha finca la vende a don Alonso por el precio de 15.000 euros, entregando en este acto 500 euros y el resto a la firma de la escritura pública que se llevará a cabo durante el mes de abril del año en curso». La finca objeto de dicho contrato privado de compraventa era de carácter ganancial, perteneciente a don Ricardo a su esposa doña María Esther, según resulta de la escritura de compraventa de fecha 9 de febrero de 1973, obrante por fotocopia a los folios 13 a 16, y de lo afirmado en la sentencia de instancia, no cuestionándose en el recurso de apelación el carácter ganancial de la finca a que se refería el documento privado de fecha 26 de enero de 2004; c) El contrato privado de compraventa, de fecha 26 de enero de 2004, se firmó por el comprador, don Alonso, por el vendedor, don Ricardo y

por un testigo. En el momento en que estamparon las firmas en el contrato privado las personas antes referidas estaba presente, doña María Esther, sin embargo ésta no firmó dicho documento privado de compraventa, constando acreditado también que doña María Esther se mostró reticente con dicho contrato de compraventa, según se desprende de lo manifestado por ésta en el acto del juicio, de lo declarado por el propio demandante y de las propias afirmaciones que se vierten en el recurso de apelación; d) Que don Alonso mediante burofax de fecha 26 de abril de 2005 requirió a Ricardo a que compareciera en la Notaría de Molina de Segura el día 29 de abril de 2004 para la firma de la escritura pública, según el contrato de fecha 26 de enero de 2004. El mismo día 29 de abril de 2004, a instancia de don Alonso se requiere por vía notarial a don Ricardo para que se avenga a otorgar escritura de elevación a público del contrato privado, manifestando don Ricardo que no se aviene a elevar a público dicho contrato y que ofrece al requirente la devolución de la cantidad que éste le entregó como señal a cuenta del precio y, finalmente e) Que en el escrito de contestación a la demanda se solicita la desestimación de la misma, alegando, en síntesis, que en el contrato de fecha 26 de enero de 2004, no se describían los linderos ni superficie ni referencia catastral; que la esposa de don Ricardo no firmó el contrato privado de venta, que la finca vendida era ganancial; que doña María Esther no prestó el consentimiento para la venta del bancal de la tía Rita y que el demandante no ha tomado posesión del bancal, aludiéndose en el suplico a

la anulación del contrato privado aportado por el demandante, refiriendo los artículos 1375 y 1322 del Código Civil.

En relación con las cuestiones planteadas en el recurso, y a la vista de los particulares antes referidos, hay que manifestar que claramente se desprende de la sentencia de instancia que fue don Alonso, demandante, el que entregó la cantidad de 500 euros a don Ricardo en el momento de firmar el contrato privado de fecha 26 de enero de 2004, y ello según se desprende del propio contrato, siendo, pues, un simple error lo manifestado en el fundamento jurídico segundo.

Que en el contrato privado de fecha 26 de enero de 2004 no se hizo mención al documento núm. 2, que se acompaña con la demanda, (folios 13 a 16), relativos a unas fotocopias de la escritura pública de fecha 9 de febrero de 1973, ni se hacía mención en el documento privado de fecha 26 de enero de 2004 a que la finca transmitida fuera la que figura en el apartado 7, de la fotocopia de la escritura pública, en contra de lo afirmado en el recurso de apelación, en coincidencia con lo relatado en el escrito de demanda, de ahí que se acepte lo afirmado en el párrafo tercero del fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, pues se pueda considerar que en el contrato de fecha 26 de enero de 2004, falta el requisito exigido por el contrato de compraventa «de cosa determinada» artículo 1445 del Código Civil, pues en el mismo sólo se aludía al llamado bancal de la tía Rita, no se hacía remisión expresa a la escritura pública de compraventa de fecha 9 de febrero de 1973, como se ha dicho, ni tampoco en esta escritura figura el nombre que se la daba a la finca supuestamente objeto de transmisión. En este sentido se puede considerar nulo dicho contrato de compraventa por la falta de objeto determinado según el artículo 1261 CC.

Que carece de fundamento la incongruencia que se refiere por la parte recurrente, ya que es evidente que el obligado a entregar los 14.500 euros, restantes del precio de compra que se refería en el documento privado de fecha 26 de enero de 2004, era don Alonso, como se desprende de este documento, del suplico de la demanda y de lo razonado en el fundamento jurídico primero, siendo pues, evidente que lo afirmado en el fundamento jurídico segundo fue un simple error, sin transcendencia alguna, debiendo, finalmente, indicarse que la sentencia desestima la demanda, sin pronunciamiento alguno en cuanto a dicha cantidad.

Que la sentencia de instancia desestima la demanda, y en este sentido, es congruente con la petición formulada con carácter principal en el escrito de contestación a la demanda, obrante a los folios 33 a 38, aceptándose, en definitiva, por la sentencia de instancia la falta de consentimiento

de la demandada doña María Esther al contrato privado de fecha 26 de enero de 2004, con mención al artículo 1377 del Código Civil, referido éste en el escrito de contestación a la demanda y con la concurrencia de la circunstancia significativa de que en el suplico de la contestación a la demanda se aludía a la anulación del contrato privado aportado por el demandante; anulación del negocio jurídico, por falta del consentimiento del cónyuge en la transmisión de bienes gananciales a título oneroso, que es la correcta según la interpretación que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo del artículo 1377 del Código Civil. La sentencia de instancia simplemente desestima la demanda, no haciendo en la parte dispositiva pronunciamiento expreso en cuanto a la anulación de dicho documento privado, lo que es correcto en tanto no se articuló la petición formulada en la contestación mediante la correspondiente reconvencción.

Que de los particulares referidos en el fundamento de derecho segundo resulta que el contrato privado de fecha 26 de enero de 2004, no desplegó efectos jurídicos respecto de la demandada, doña María Esther, ya que la misma no firmó el contrato referido en el momento en que lo firmó el demandante y su marido aun estando presente, ni posteriormente, desprendiéndose de este hecho el no consentimiento a la transmisión de un bien inmueble de carácter ganancial, que como se ha dicho anteriormente, no estaba perfectamente identificado, no existiendo por tanto consentimiento expreso ni tácito, pues no hay elementos para suponer que medió éste una vez que no firmó el contrato privado en el momento en que lo hicieron su marido y el demandante, en que está acreditado que puso reticencias a dicha compra, y, especialmente, al hecho de que ese documento privado de compraventa no se materializó con la entrega de la posesión de la finca. En vista de estas circunstancias, de que el demandante supo que el bien inmueble a que se refería el contrato privado de compraventa era ganancial, según podía desprenderse de la fotocopia de la escritura pública de fecha 9 de febrero de 1973, en virtud de la cual habían adquirido los demandantes, y de la presencia en el acto de la firma del documento de doña María Esther, quien no firmó el contrato y puso reticencia a la compraventa, la Sala considera que la jurisprudencia que se refieren en el recurso de apelación no es de aplicación en el presente caso, en el que se postula la elevación a escritura pública de un documento privado que no se perfeccionó frente a la demandada, doña María Esther por su falta de consentimiento, ni se materializó en la realidad física la transmisión de la finca, por lo que en el presente caso los hechos articulados en el escrito de contestación, como simple excepción, una vez aceptados, son suficientes para impedir el éxito de

la acción ejercitada, sin necesidad de haber solicitado expresamente la anulación de dicho documento privado de fecha 26 de enero de 2004, mediante el ejercicio de la correspondiente acción articulada mediante la reconvención, pues desde el principio

el demandante supo que el documento privado no vinculaba a la Sra. María Esther, siendo contrario a la regla de la buena fe el pretender obligar a ésta a que ejercite una acción autónoma tendente a que se declare la nulidad del documento.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se desestima la acción de rescisión por lesión (artículo 1076 del CC) al estar caducada la acción, debiendo iniciarse el cómputo desde la fecha de suscripción del convenio regulador.

AP GRANADA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos José de Valdivia Pizcueta

Por la señora doña Irene se ejercita, a través de su representación procesal, acción de rescisión por lesión, como supuesto, o base, de la ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales, la llevada a cabo con su esposo, hoy demandado, en el Convenio Regulador de la futura separación. Acuerdo que tuvo lugar en la Ciudad de Granada, el día doce de septiembre del año dos mil uno. Desestimada tal pretensión, con apoyo en el artículo 1299 del Código Civil, invocándose la figura jurídica de la caducidad, a la que asimismo se refiere el artículo 1076 del Cuerpo Legal citado (naturaleza jurídica, la del instituto mencionado, que recalcan, entre otras, las SSTS de 6 de junio de 1990 y de 8 de julio de 1992); cuyo cómputo se realiza por la sentencia de la primera instancia, desde el momento en que se concluyó el Convenio Regulador nombrado: 12 de septiembre del año 2001.

Ante esa tesis mantenida por el juzgador *a quo*, se alza la parte recurrente, que entiende, que el Convenio Regulador, en el que se contiene la referida liquidación; en cuanto a ésta: la liquidación, no tiene efecto alguno en tanto no se apruebe el proyecto de convenio, no se homologue, judicialmente. En suma, hasta entonces «no se transforma en definitivo y efectivo instrumento liquidatorio y particional de la sociedad» (SIC). Mas esta postura, que llevaría a computar la figura de la caducidad, a partir de la firmeza de la sentencia en que se decretaba la separación conyugal y se aprobaba el Convenio Regulador, encuentra obstáculos representados, se invoca la STS de 21 de diciembre de 1998: A), por el amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges (artículos 1255 y 1091 del Código Civil) para regular los efectos derivados

de la separación y del divorcio, que la Ley de 7 de julio del año 1981 entraña; B), porque los referidos convenios tienen un carácter contractualista, siendo la aprobación judicial contenida en el artículo 90 del Código Civil, un mero requisito, una simple *conditio iuris* de la eficacia del Convenio Regulador, mas no de su validez; y C), porque, y yendo hacia los pactos económicos tenidos entre consortes, y se citan las SSTS del 19 de diciembre y 22 de abril del año 1997, a las que se une la ya invocada de 21 de diciembre del año 1998, no se ha de dudar, que el acuerdo referido a la partición de bienes y a su adjudicación, constituye una estipulación válida y eficaz como negocio jurídico bilateral y autónomo que es, siempre que concurren, o se den, los requisitos contenidos en el artículo 1261 del Código Civil, pues aun cuando carezca de aprobación judicial, su incorporación al juicio matrimonial lo es sólo a los efectos o, mejor dicho, a los fines de producir una eficacia procesal, que, por supuesto, no empece su fuerza anterior como tal convención, como negocio jurídico de atribución patrimonial. La idea enlaza, en clara pugna, con la postura de la recurrente, que anuncia en su demanda: una situación de depresión, conato de depresión, se dice, en la señora doña Irene, lo que la llevó a la firma del tan poco deseado Convenio Regulador, en lo que atañe a este pleito. La idea enlaza, se dice, al plantear esta cuestión, con la entrada en un supuesto de nulidad de la partición comentada, por falta de uno de los requisitos esenciales, determinados en el artículo 1261 del Código Civil: el consentimiento de uno de los contratantes; lo que llevaría a hablar, en realidad, de inexistencia. Entonces, ante ello, sería preciso acreditar que aquél, el consentimiento, no

existió en el momento de la convención. Algo que en el caso de litis no se demuestra, de otro lado, si se quiere apuntar a un error excusable (artículos 1265 y 1266 del Código Civil), la reseña falla también; ya que si existió un consentimiento válido por parte de la señora demandante, la misma debió de emplear una regular diligencia, al tiempo de la elaboración del Convenio Regulator, con el fin de evitar la lesión que hoy se denuncia.

Pero aun arrancado de la noción del justo equilibrio de las prestaciones, de tal principio, *ratio* de la rescisión proclamada. No se ha de olvidar, todo lo

hasta aquí expuesto y, esencialmente, ese carácter de negocio jurídico bilateral, válido y eficaz, que es la liquidación del régimen económico-matrimonial producida en Convenio Regulator. Lo que determina, a la vista de la fecha de su otorgamiento: 12 de septiembre del año 2001, que el plazo de caducidad antes nombrado, el de cuatro años, se hallase consumado al tiempo de la interposición de la demanda: el día 25 de noviembre del año 2005. Plazo de derecho material, cuyo transcurso, lo que aquí ha sucedido, provoca fatalmente, la extinción del derecho.

REGÍMENES ECONÓMICOS

En el pasivo del inventario de la sociedad ha de incluirse no sólo el capital del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y que está pendiente de amortizar, sino también los intereses que, no habiéndose devengado aún, figuren en las tablas de amortización.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Damián Álvarez García

En el pasivo del inventario de la sociedad ha de incluirse no sólo el capital del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y que está pendiente de amortizar, sino también los intereses que, no habiéndose devengado aún, figuren en las tablas de amortización y deban ser satisfechos para la completa devolución del préstamo y la consiguiente cancelación de la hipoteca –salvo que se produzca

una eventual e inusual amortización anticipada–, pues, aunque se generen tras la disolución, se adeudan mientras no sea abonado íntegramente el principal. De ahí que el recurso del Sr. Lasheras no pueda prosperar, máxime si se tiene presente que ha sido la Sra. Flora la que ha venido abonando en exclusiva las cuotas del préstamo hipotecario y la que previsiblemente continuará haciéndolo.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No existió ningún vicio en el consentimiento que prestó la madre en fase administrativa para la constitución del acogimiento preadoptivo, ya que fue informada a través de un intérprete, en su propia lengua, del significado y consecuencias del paso que daba en aquellos instantes, habiéndose acreditado la determinación de aquella en su propósito de entregar a la menor de una forma irreversible.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José M. Morillo Velarde Pérez

La pretensión que por vía de recurso se reproduce en la alzada tiene por objeto la anulación de las resoluciones emanadas de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de

Andalucía, relativas a la declaración de la situación de desamparo y la propuesta de adopción, respectivamente, en relación con la hija de la hoy recurrente.

Al dar a luz a la niña, ésta entregó a la recién nacida a la Administración autonómica competente en materia de protección de menores, por carecer de medios de cualquier clase para procurar su sustento y formación, recayendo con su consentimiento resolución en la que se reconocía la pertinente situación de desamparo. Tras incoarse expediente administrativo, la apelante prestó nuevamente su consentimiento a la constitución de un acogimiento pre adoptivo, por lo que la citada Consejería ha formalizado el mismo elevando la propuesta de adopción de la menor.

La razón de su oposición se basa en la concurrencia de un vicio de consentimiento respecto del carácter irreversible de la entrega de la menor al poco de nacer, sino que pretendió exclusivamente su entrega provisional, al amparo de lo establecido en el artículo 172.2 del Código Civil.

Tal y como se reconoce en la sentencia recurrida, son dos realmente las acciones acumuladas por la parte recurrente, que merecen una respuesta separada.

En primer término, se impugna la resolución de 3 de junio de 2005, que declara la situación legal de desamparo, conforme al artículo 172.6 de dicho cuerpo legal.

Sin embargo, la pretensión de la recurrente ha de decaer, por cuanto que en este aspecto no se trata tanto de la intención verdadera de la madre en el momento de la entrega voluntaria de su hija, sino de la circunstancia objetiva del desamparo, que la propia entrega acredita con fuerza presuntiva que no se ha desvirtuado en este procedimiento, pues la misma ha de ser entendida como el reconocimiento tácito de la imposibilidad de cumplir los deberes asistenciales de todo tipo que derivan de su maternidad, justificándose la intervención de la entidad pública competente, abstracción hecha del carácter temporal o definitivo, voluntario o forzoso, de la dejación de tales deberes.

En tal sentido, la actuación administrativa es correcta y adecuada al espíritu y la letra de la ley y justificada por el interés de la menor cuya propia madre evidenció ante aquélla la imposibilidad de prestarle la atención debida.

La segunda de las demandas acumuladas tuvo por objeto patentizar la oposición de la apelante a la propuesta de adopción que realizó la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, una vez que contó con el consentimiento de la recurrente para llevar a cabo el acogimiento pre adoptivo.

La cuestión ahora por resolver en esta instancia se centra en determinar, de un lado, si hubo o no verdadero consentimiento de la madre para la adopción en fase administrativa y, de otro, el valor

de ese consentimiento atendidas las circunstancias y el interés de la menor.

El primero de esos aspectos encuentra en la prueba practicada en autos la respuesta que ofrece la resolución recurrida. La apelante fue informada a través de un intérprete, en su propia lengua, del significado y consecuencias del paso que daba en aquellos instantes, habiéndose acreditado la determinación de aquélla en su propósito de entregar a la menor de una forma irreversible, hasta el punto de haber otorgado su consentimiento al acogimiento pre adoptivo. En tal sentido, la prueba testifical es contundente y desdice por sí misma los razonamientos que contiene el recurso, constitutivos de alegaciones interesadas de parte que no señalan elementos objetivos que acrediten una valoración errónea por parte de la juzgadora de instancia, cuyo criterio, por ello, ha de prevalecer.

En lo que se refiere al segundo, la resolución combatida esgrime un dato que no ha sido contradicho por la recurrente, cual es que en 16 de junio de 2005, esto es, transcurridos más de treinta días desde el parto, la madre asintió en el expediente administrativo en la adopción de una manera genérica; pero esta circunstancia por sí misma no sería suficiente para contrarrestar la necesidad del asentimiento de la adopción por la madre biológica, si no fuera porque la recurrente se encontraba legalmente incurso en causa legal de privación de la patria potestad conforme al artículo 170 del Código Civil, circunstancia que concurre cuando, tal y como acontece en este supuesto y se ha razonado más arriba, existió una dejación total y absoluta del cumplimiento de los deberes que derivan de ella, evidenciada por la entrega de la menor al centro asistencial, por la prestación de su consentimiento, perfectamente informado, al acogimiento pre adoptivo y por asentir igualmente la entrega de la menor para su posterior adopción, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo en interpretación de aquel precepto, la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que la institución comporta puede acarrear la extinción de tal derecho (STS de 11 de octubre de 1991) y, en igual sentido ha entendido bastante para la privación de la patria potestad la imposibilidad física y moral para su ejercicio, sin profundizar en si es o no voluntaria (STS de 20 de enero de 1993); de aquí que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 177.2.2.º del Código Civil, hace innecesario el consentimiento de la recurrente a la adopción e ineficaz su oposición a la propuesta realizada por la Administración y que ha sido objeto de impugnación.

Desde otra perspectiva, la propuesta de adopción se perfila como la solución que mejor satisface el superior interés de la menor, habida cuenta del tiempo transcurrido y de que ha estado prácticamente desde su nacimiento en compañía de los adoptantes, encontrándose perfectamente integra-

da en ese entorno familiar, según los informes obrantes.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso sin que quepa hacer expresa imposición de costas de la alzada en atención a la especial naturaleza de los intereses en juego.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Alega el padre que la situación de desamparo es únicamente achacable a la madre ya que él tenía una orden de alejamiento, sin embargo la situación de abandono de las menores, según se desprende de los abundantes informes obrantes en los autos, venía ya produciéndose con anterioridad a que se prohibiera al hoy recurrente aproximarse a sus hijas, que las niñas aparecían con ropa inadecuada, faltas de higiene y la alimentación insuficiente, presentando además un retraso madurativo y en el lenguaje.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Inmaculada Suárez Bárcena Florencio

Así, alega en primer lugar el apelante que cuando se inició el procedimiento de desamparo de las citadas menores y se dictó la Resolución de declaración provisional de desamparo de las mismas, 8 de enero de 2004, él no ostentaba la guarda y custodia de las niñas, ya que ésta era ejercida por su madre, toda vez que él había sido condenado en Sentencia de 22 de noviembre de 2003 por un delito de malos tratos en el ámbito familiar, y tenía prohibición de acercarse a la madre e hijas y comunicarse con ellas de cualquier forma por un período de dos años y que, por tanto, el desamparo de las menores, al tiempo de la intervención de la Entidad Pública, que no cuestiona el apelante, no estaba provocado por él sino por la madre. Frente a ello cabe alegar que la situación de abandono de las menores, según se desprende de los abundantes informes obrantes en los autos, venía ya produciéndose con anterioridad a que se prohibiera al hoy recurrente aproximarse a sus hijas, y que por tanto, se inicia en una época en la que el mismo convivía con las citadas menores, no obstante lo cual, no impidió el abandono de las niñas. Además de ello, si bien es cierto que el recurrente tenía prohibido acercarse a las niñas, no se puede olvidar que tal prohibición le viene impuesta por una condena judicial, en la que se declara probado que el señor Miguel agredió a su mujer en presencia de las hijas comunes, a la vez que agarró por el cuello a una de las niñas, advirtiéndole que la iba a matar y, además, aunque sobre el mismo pesaba la orden de alejamiento, son varios los atestados policiales que acreditan que hizo caso omiso a la misma, pues en ellos se recoge la presencia del señor Miguel en el

domicilio familiar, y la desatención que reflejaban las niñas, estando el padre incluso presente el día de retirada de las menores. Por otro lado, los malos tratos del padre hacia la madre y también hacia alguna de las niñas, están acreditados no sólo por la Sentencia condenatoria, que bien podría considerarse como un hecho aislado, sino que su habitualidad se deduce de las manifestaciones de la esposa y de las propias hijas (informe del centro de la mujer obrante al folio 36 del Expediente Administrativo). Por otro lado, tanto del informe del PEF, como del informe del Colegio Salvador Rueda se colige, que las niñas aparecían con ropa inadecuada, faltas de higiene y la alimentación insuficiente, presentando además un retraso madurativo y en el lenguaje, circunstancias estas, que vienen de antiguo, pues lógicamente el proceso madurativo de una persona y la evolución en el lenguaje, se producen a lo largo de toda su vida infantil y juvenil, y no se limitan a un tiempo concreto de la misma, siendo así que ese retraso, tanto en la maduración de las menores, como en el lenguaje de las mismas, es imputable a ambos progenitores, no sólo a la madre, pues, ciertamente se dio lugar al mismo por la desatención de ambos padres hacia las niñas, que evidencia una clara situación de desamparo que justificó la intervención de la Entidad Pública, y de la que han sido responsables ambos progenitores, pues el padre, no sólo conocía la situación de sus hijas, sino que, además la consentía, incluso durante el período de alejamiento de las niñas, pues así se deduce del informe del PEF, que, por otro lado, incumplió, por ello resulta absolutamente banal que alegue que carece de responsabilidad en la

situación de desamparo de las menores porque sobre él pesaba una orden de alejamiento de las niñas, por cuanto que tal situación, como bien dice el juzgador *a quo*, se gestó y detectó cuando las niñas estaban bajo su guarda. En definitiva, toda la documentación obrante en autos acredita la situación de desamparo de las menores, que venía desde antaño, y el daño psicológico que a las mismas se les estaba produciendo, con grave

déficit emocional, psicológico y social de las niñas, y ello consentido y propiciado por ambos progenitores, ninguno de los cuales supo ejercer de forma correcta los deberes de guarda y custodia de sus hijas, inherentes al ejercicio de la patria potestad, lo cual justifica la resolución administrativa de desamparo de las menores, que el juzgador *a quo*, ratifica en la Sentencia recurrida y que esta Sala, en cuanto a tal extremo confirma.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No ha lugar a fijar régimen de visitas ya que el menor no conoce a los padres biológicos, sus únicas figuras parentales de referencia son los padres acogedores, no existe vinculación afectiva alguna entre los padres biológicos y el menor, por lo que tal y como se indica en el informe técnico, la incorporación de los padres en la vida del menor interferiría en su estabilidad cognitiva, emocional y comportamental.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores Viñas Maestre

La sentencia apelada realiza un exhaustivo examen de las circunstancias fácticas que han determinado la actuación protectora de la entidad pública respecto a los menores Nieves y José Ramón, de las circunstancias personales de los padres que han impedido a los mismos desarrollar de forma adecuada las funciones parentales y de la evolución personal de los menores que en la actualidad se encuentran en situación de acogimiento pre adoptivo y simple respectivamente. La Sala comparte y hace suya la relación de hechos probados contenidos en la sentencia, que por otra parte, no han sido, en su mayoría, cuestionados en el recurso que ahora se resuelve.

Hay que destacar sin embargo, que la situación jurídica de los menores es distinta cuando se plantea la demanda que ha dado lugar a este procedimiento.

La menor Nieves, nacida el 7 de junio de 2001, fue declarada en situación de desamparo el 6 de junio de 2001, confirmada por sentencia de fecha 12 de marzo de 2002 y mediante resolución de 13 de mayo de 2002 se propuso como medida de protección más favorable el acogimiento pre adoptivo. Tras un período de acoplamiento con la familia acogedora, durante el cual se suspendieron parcialmente las visitas, se planteó ante el Juzgado la constitución de acogimiento pre adoptivo, que

fue acordada mediante resolución judicial de 22 de diciembre de 2004, con suspensión de las visitas, tal y como prevé la Ley de Protección de Menores en su artículo 13.2. Hay que tener presente que dicha resolución no fue recurrida por los padres, que han presentado la demanda solicitando visitas en mayo de 2006, casi un año y medio después de haberse acordado la constitución del acogimiento pre adoptivo con suspensión de las visitas. La situación jurídica de la menor Nieves, determinada por la resolución judicial de referencia, impide que ahora puedan acordarse las visitas. No obstante lo anterior, cabe señalar, que la situación emocional y psicológica de la niña recogida en los informes aportados por la entidad pública y en el informe emitido por el Equipo Técnico, analizada de forma detallada en la sentencia de instancia, impide asimismo llegar a otra conclusión. Y si bien es cierto, como señala la asistencia letrada del recurrente, que el informe del Equip Tècnic ha sido elaborado sin la exploración o examen directo de los menores, no puede entenderse en el presente supuesto, que el informe adolezca por ello del rigor técnico que se le exige, en tanto se asienta en los informes de la entidad pública y en la información recogida por la misma respecto a la evolución y desarrollo que tenían los encuentros entre los padres y la hija, anteriores a la situación de acogimiento de

la menor, habiéndose estimado por los técnicos la innecesaridad de la exploración directa de los menores, criterio que parece razonable, en este caso, en aras a evitar exploraciones reiteradas de los menores, que se encuentran desde su nacimiento apartados de la familia biológica, por carecer ésta de la capacidad mínima para atender a sus hijos en todos los aspectos necesarios para su normal desarrollo y que ha determinado en definitiva la ausencia de vínculos afectivos. Por tanto y por lo que respecta a la menor Nieves, la situación jurídica de acogimiento pre adoptivo en que se encuentra, no recurrida o impugnada en su momento, impide ahora modificar la situación, y ello viene además corroborado por los informes técnicos obrantes en autos que afirman el perjuicio que se derivaría para Nieves en el caso de reanudarse la relación.

Por lo que hace referencia al menor José Ramón nacido el 13 de enero de 2005, aparece que fue declarado en situación de desamparo el 14 de enero y que el 18 del mismo mes se propuso como medida de protección la constitución de acogimiento pre adoptivo. El menor desde que salió del Hospital hasta abril de 2006, ha estado viviendo en el seno de una familia que lo ha acogido hasta iniciarse el proceso de adaptación con la familia pre adoptiva. Consta en el expediente la autorización de una sola visita con los padres biológicos y mediante Resolución de 4 de abril de 2006 se acuerda la suspensión de las visitas encontrándose el menor en proceso de acogimiento pre adoptivo. La situación personal y de salud mental de los padres biológicos, es recogida en la sentencia y determina la imposibilidad de los padres de poder afrontar el cuidado de sus hijos con las mínimas garantías exigibles, circunstancia que, como señala la sentencia, vienen a reconocer los propios padres que sólo piden visitas con los menores. Cabe señalar que la madre, ha sido declarada en situación de incapacidad por esta misma sección mediante sentencia de fecha

27 de septiembre de 2005, y que en la misma se recoge la situación de enfermedad grave, psicótica importante y grave deterioro. Debe valorarse asimismo la situación de aislamiento social en la que se encuentran los padres, tanto respecto a sus respectivas familias extensas como respecto a las instituciones y la ausencia de conciencia de la situación personal en la que se encuentran y de las necesidades emocionales de sus hijos. Coincide la Sala con las consideraciones de la Juez de instancia cuando afirma que el interés de los menores debe primar respecto al interés y derecho de los padres. El menor José Ramón nunca ha convivido con los padres biológicos, del hospital pasó a residir con una familia de forma provisional y desde abril de 2006 se encuentra conviviendo con otra familia en régimen de acogimiento con la finalidad de proponer solicitud de acogimiento pre adoptivo. No conoce a los padres biológicos, sus únicas figuras parentales de referencia son los padres acogedores, no existe vinculación afectiva alguna entre los padres biológicos y el menor José Ramón, por lo que tal y como se indica en el informe técnico, la incorporación de los padres en la vida del menor interferiría en su estabilidad cognitiva emocional y comportamental. Hay que tener en cuenta los problemas que ha tenido José Ramón en cuando a su desarrollo, mostrando un retraso leve y otros problemas que han sido objeto de examen y tratamiento. Pese al deseo y voluntad legítima de los padres de recuperar a sus hijos, la problemática personal de los mismos, su estado mental y las circunstancias sociales que los rodean impiden acceder a su petición, entendiendo que la reanudación de las visitas, que en el caso de José Ramón sería prácticamente un inicio más que una reanudación, podría provocar un grave perjuicio emocional y psicológico a los menores. Por todo ello procede desestimar el recurso planteado, confirmando plenamente la sentencia recurrida.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se desestima la constitución de la tutela ordinaria de un menor marroquí, puesto que ha de aplicarse la ley personal del menor, esto es, la ley marroquí.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, AUTO DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Romero Navarro

Que por el Sr. Juez de Primera Instancia núm. 4 de Ceuta con fecha 27 de julio de 2006 dictó auto en el presente procedimiento, cuya parte

dispositiva es del siguiente tenor literal: «Acuerdo: Desestimar íntegramente la solicitud presentada por don Rodrigo y doña María y declaro no haber

lugar a la constitución de la tutela del menor Eloy por don Rodrigo y doña María.

Establece el Código Civil en el artículo 9.1 que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

Se añade más adelante en el núm. 6 que la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual.

Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán en todo caso, con arreglo a la ley española.

Por último, será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.

A la vista de dicha regulación, pues es claro que se pretende la tutela de un menor de edad de nacionalidad marroquí, es claro que una cosa es que el procedimiento de constitución y las formalidades sean las de la ley española y otra muy distinta que se aplique el Código Civil Español. En este caso ha de acudir a la ley personal del menor, esto es, a la ley marroquí aplicable al caso. Desde luego, a partir del 4 de febrero de 2004 en que entró en vigor el Código de Familia (Moudawana) por éste se establece que tutor del menor es el padre (tutela legal o patria potestad), si ha fallecido o está privado de capacidad, la madre y en tercer lugar el tutor testamentario, designado por el padre o por la madre mayor de edad o la persona en quien delegue. En su defecto corresponde al Juez de menores que nombra un representante (tutor dativo) que actúa bajo su supervisión.

Por la parte apelante se señala que la resolución de instancia incurre en error en la apreciación de la prueba pues el Juez *a quo* da carta de naturaleza al informe del Área de Menores de la Ciudad Autónoma de Ceuta, la que señala que es aplicable

la Ley 15/2001 de guarda (Kafala) de menores abandonados. Señala la parte apelante que dicha ley no es aplicable por cuanto que el menor no es un menor abandonado, no está sometido a ninguna medida protectora en Marruecos ni se ha dictado por Juez marroquí medida alguna, y que lo que hay es una entrega perfecta e irrevocable que se documenta en la prueba documental acompañada con la demanda. Concluye afirmando que existe un supuesto de desamparo y que concurren los supuestos contemplados en el artículo 222 del Código Civil para la constitución de la tutela.

Dicho motivo no puede merecer acogida.

Para que exista desamparo y se adopten medidas de protección de acuerdo con la Ley española es preciso que conforme al artículo 172.1 párrafo segundo el menor esté privado de la necesaria asistencia moral o material, lo que aquí no puede sostenerse pues en los documentos que se aportan precisamente se señala que el menor está perfectamente atendido en todos los extremos posibles por sus dos abuelos. No existe posibilidad de utilizar el término desamparo ni a la adopción de medidas de protección único supuesto en que de acuerdo con el artículo 9 del CC y respecto de menores abandonados, cabría aplicar la ley española (conforme a ésta habría una guarda de hecho). Como se dijo con anterioridad siendo el menor de nacionalidad marroquí la tutela y demás instituciones de protección se rigen por su ley personal, por lo que es absolutamente inapropiado solicitar, por el hecho de que se halle en territorio español, la constitución de la tutela conforme a la ley española. Si entiende la parte que no es de aplicación la ley de la kafala debió acreditar que norma del derecho marroquí es de aplicación al supuesto en cuestión, conforme establece el artículo 281 de la LEC, lo que sí es cierto es que desde el 4 de febrero de 2004 está vigente, y es obligatorio para todos los marroquíes, el Código de Familia en Marruecos (Moudawana) que determina la tutela en las personas dichas sin que puedan ser nombrados los abuelos existiendo un orden preceptivo antes apuntado no constando hayan fallecido ni que hayan perdido su capacidad sus padres.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La existencia de un acta de conformidad de la madre biológica de la menor, quien autoriza que la hija se traslade a España delegando la guarda y custodia de la niña a los adoptantes y dando su consentimiento irrevocable para la adopción, no supone que se haya constituido un acogimiento preadoptivo ni tampoco una situación legal de tutela, por lo que es imprescindible la intervención de la autoridad administrativa.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La dirección Letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pidió se anule la sentencia y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior ordenando que se admita a trámite la demanda de jurisdicción voluntaria de petición de adopción de la menor.

Y entrando en la cuestión objeto de debate, ésta habrá de examinarse conforme a las normas establecidas en torno a la nulidad de los actos judiciales, regulada en el artículo 238 y ss. de la LOPJ, y sobre ello hay que señalar la disposición de la nulidad de las actuaciones tanto cuando se hubiese prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, como por la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa siempre que se hubiese producido indefensión.

Atendiendo a tal definición y delimitación, por la gravedad que para el proceso supone su concurrencia, una de las manifestaciones más importante es la correspondiente a los actos de tramitación del procedimiento, no observándose en el caso que nos ocupa irregularidad alguna en la tramitación procesal que genere la indefensión que la norma proscribire.

En efecto, la resolución apelada acuerda inadmitir a trámite la demanda de constitución de la adopción de una menor promovida por don Juan Francisco y doña Mari Juana y dar traslado al Ilmo. Sr. Fiscal de Menores y al IMMF con copia de la documentación presentada a los efectos oportunos razonando en la argumentación jurídica que así se concluye por haberse obviado el trámite administrativo previo, al que se refiere la normativa civil.

Y es así que al Juez corresponde apreciar si se ha producido en el caso la propuesta de la entidad pública española o si puede prescindirse de esta propuesta, por llevar el adoptante más de un año acogido legalmente bajo la medida de una adopción simple extranjera (artículo 176.2 CC), según mantiene la resolución de la DGRN de fecha 24 de enero de 1997, o de un acogimiento pre adoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.

La normativa básica y fundamental en esta materia la constituye el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, ratificado por España el 11 de junio de 1995, en vigor desde el 1 de noviembre de 1995.

Este convenio constituye el marco base de la normativa de las CCAA en relación a la tramitación de las adopciones internacionales y de acreditación de organismos privados mediadores en adopción internacional. Este Convenio establece un sistema de garantías, basado en la distribución de responsabilidades entre las Autoridades Centrales de los Estados, que tiene por objeto garantizar todo el procedimiento de adopción internacional, teniendo siempre en consideración el interés superior del menor y el respeto a los Derechos Fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional y prevenir, fundamentalmente la sustracción, venta o tráfico de niños o situaciones en las que la figura del menor queda seria o gravemente afectada.

También resulta de aplicación, en la materia que nos ocupa la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, debiendo tener presente también, especialmente el Convenio o Protocolo bilateral entre nuestro país y país de origen del menor, en cuestión, en este caso con Colombia.

En cuanto a la regulación estatal, ha de tenerse en cuenta el artículo 9.5 CC y la LO 1/1996, de 15 de enero, concretamente su artículo 25, así como fundamentalmente el artículo 176 de la ley sustantiva civil.

Hay que recordar, en este punto que la adopción internacional afecta a muchos agentes y actores, tanto públicos como privados, siendo así que el propio artículo 25 de la citada Ley de 15 de enero de 1996 atribuye a los primeros las siguientes funciones, estableciendo dicho precepto que: «1. En materia de adopción internacional, corresponde a las entidades públicas: a) la recepción y tramitación

de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas. b) la expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento. c) la acreditación, control, inspección y la elaboración de directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial.

Las funciones de mediación a realizar por las entidades acreditadas serán las siguientes:

- Información y asesoramiento a los interesados en materia de adopción internacional.
- Intervención en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto españolas como extranjeras.
- Asesoramiento y apoyo a los solicitantes de adopción en los trámites y gestiones que deben realizar en España y en el extranjero.

Sólo podrán ser acreditadas las entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente, que tengan como finalidad en sus estatutos la protección de menores, dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas y estén dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación en el ámbito de la adopción internacional.

Las entidades públicas podrán retirar la acreditación concedida, mediante expediente contradictorio a aquellas entidades de mediación que dejen de cumplir las condiciones que motivaran su concesión o que infrinjan en su actuación el ordenamiento jurídico.

2. La comunicación entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados se coordinará de acuerdo con lo previsto en el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en la Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995 (RCL 1995/2270).

3. En las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios.

4. Las entidades públicas competentes crearán un registro de reclamaciones formuladas por las personas que acudan a las entidades acreditadas de este artículo».

Como valor supremo de toda la regulación de la adopción, en general, y de la internacional, en particular, se perfila el interés del adoptando, objetivo a defenderse en la adopción, reforzándo-

se, en toda la regulación, el carácter judicial de la misma, y dando un importante papel al Fiscal en su constitución.

Este precepto y la normativa civil, en general, exigen, en todo caso, para la constitución de la adopción, la obtención de la declaración de idoneidad, requisito de orden público, imprescindible, para contribuir a la protección del interés superior del niño, evitando así situaciones fraudulentas y procurando una mejor seguridad jurídica. El legislador adopta de esta forma, una serie de cautelas, exigiéndose el cumplimiento de una serie de condiciones y sometiendo su observancia al control de las autoridades públicas. Ciertamente es que la falta del certificado puede subsanarse, pero tales supuestos están a su vez, legalmente previstos, en la norma civil.

Tal instrumento es el mecanismo de supervisión con el que cuentan las Autoridades públicas que así desempeñan en todo el proceso de adopción un papel crucial, de manera que, una vez satisfechas las exigencias y condiciones requeridas podrá confiarse el menor al cuidado de sus adoptantes que asumen las obligaciones inherentes a una relación paterno-filial.

Las condiciones reales que se exigen para poder adoptar no son susceptibles de reducirse a un tipo genérico por vía de abstracción. No se trata, sólo y exclusivamente, de cumplir las exigencias legales —las que obviamente han de concurrir que el adoptante tenga más de 25 o 30 años o de que exista una diferencia de edad determinada—, sino que lo que se trata, en esencia, es de comprobar si la medida que se va tomar es buena y si satisface al interés del menor, que ese concreto niño sea adoptado por esa concreta persona, y eso no puede hacerse acreditando la concurrencia de unas condiciones genéricas sino profundizando en la vida y caracteres de unos individuos determinados.

Ese interés superior del niño constituye un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse, pues, con base en los juicios de valor que se decantan y obtienen del estudio de una serie de datos objetivos. Tal proceso tiene que ser llevado, fundamentalmente, a cabo, por las Autoridades públicas, de manera que el sistema se basa en una investigación sobre la conveniencia de que se produzca o no se produzca esa adopción concreta.

Se arbitra así un mecanismo —llevando a cabo una investigación— de manera que se obtenga una habilitación previa otorgada por un organismo público que determine quién puede ser adoptante y adoptando, en el caso concreto, de manera que la relación jurídica podrá sólo constituirse cuando tales sujetos se hallen habilitados al efecto.

La autoridad pública debe determinar si conviene al interés del menor el ser adoptado y sus adoptantes son personas idóneas para establecer con él una relación paterno-filial plena, apreciándose la razonabilidad de la intervención de tal entidad. La directriz firme de la política legislativa escogida confiere un papel clave a las entidades públicas quienes, por lo tanto, en lo que concierne a la declaración de idoneidad, han de pronunciarse sobre la aptitud para el ejercicio de la patria potestad del adoptante, elaborando, por consiguiente la correspondiente propuesta.

Y en este punto a la luz de la legislación aplicable, dada la situación fáctica que enjuiciamos, cabe preguntarse si hay una equivalencia entre lo hecho fuera, en este caso, y lo que se debía hacer en España, en orden a determinar si existe una situación de acogimiento legal o similar, bajo la medida de un acogimiento pre adoptivo, lo que ciertamente no puede concluirse a la vista de la documentación incorporada a los autos, consistente en el acta de conformidad de la madre biológica de la menor, quien autoriza que la hija se traslade a España delegando la guarda y custodia de la niña a los ahora apelantes, el informe favorable de la delegación del Gobierno para la expedición del visado a la menor con el que poder venir a España para realizar varios cursos académicos, el acta de manifestaciones formalizado por la madre biológica ante el Notario Público para expresar el consentimiento irrevocable a la adopción plena, o el documento del IMMF, en el que se hace constar que los apelantes han realizado el curso de formación de solicitantes de adopción internacional.

No existe por lo tanto un acogimiento pre adoptivo ni tampoco una situación legal de tutela, por lo que es imprescindible la intervención de la autoridad administrativa en los términos anteriormente señalados, a cuyo fin deberá comunicarse

esta resolución a la Comisión tutelar del Instituto Madrileño del Menor y de la Familia de Madrid, por cuanto el resultado del acta de la comparecencia de fecha 9 de marzo de 2006, remitiendo a los interesados a la tramitación de la adopción judicial, no puede derivar el supuesto enjuiciado a una inseguridad jurídica, cercenando una respuesta jurídica incompatible y contradictoria con la necesaria e inexcusable protección del menor.

Dados los condicionantes existentes y no habiendo esa propuesta previa, a fin de atender a la circunstancia particular del menor y no dejar al mismo en un limbo jurídico, debiendo aportar una solución técnico-jurídica que sirva para solucionar el problema al que nos enfrentamos, ha de articularse un mecanismo que permita formular esa propuesta, de manera que la solicitud de los interesados deberá cursarse ante dicha autoridad pública competente, (artículo 25 de la ley de Protección Jurídica del menor) para que proceda a su tramitación y concluya, con la correspondiente declaración sobre idoneidad y la señalada propuesta, a la que se refiere el artículo 176 del CC, que en todo caso deben ser emitidas por la mencionada entidad pública. A partir de ahí es cuando sí se procederá a la constitución judicial de la relación jurídica, donde sí cobrará relevancia la nacionalidad extranjera de la parte a efectos de determinar la capacidad para adoptar o ser adoptado.

Por todo lo anteriormente expuesto no cabe sino confirmar la resolución recurrida si bien debiendo poner en conocimiento de la Comisión de Tutela del Instituto madrileño del menor y la familia de Madrid, esta resolución a los fines de tramitar el correspondiente expediente por los cauces legalmente previstos que permitan a dicha autoridad pública elaborar la correspondiente propuesta previa.

FILIACIÓN

El documento en el que consta la declaración de dos personas en relación con la impugnación de la paternidad es más que suficiente para admitir a trámite la demanda de filiación.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Conocida ya la razón de ser de la presente alzada, conviene al caso recordar, de conformidad con la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo SSTs de 6 de

octubre de 1993, 28 de abril de 1994 y 1 de octubre de 1999, que: «la prueba para la admisión de la demanda que exige el párr. 2 del artículo 127 del CC, (ahora artículo 767.1 de la LEC 1/2000),

no tiene otra finalidad que servir de filtro para impedir aquellas reclamaciones que sean absolutamente infundadas y caprichosas, y tal experiencia probatoria no es confundible con las pruebas de los hechos constitutivas de la pretensión que habrá de realizarse en el proceso aunque dicha prueba no pueda plasmarse en documento que se acompañe a la demanda»; es fundamental y se añade en la sentencia de nuestro citado «Alto Tribunal» de 26 de junio de 1999 que: «el requisito del artículo citado (artículos citados) artículo 127.2 del CC, ahora 767.1 LEC 1/2000, tiende a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción ni ser obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39 de la CE; por lo que constituye principio de prueba la declaración extrajudicial de dos personas aptas para declarar.»

Partiendo, entonces, de lo que antecede, de la legalidad vigente y doctrina jurisprudencial, citadas; y del estudio de lo hasta ahora tramitado; cabe decir ya, que procede estimar el recurso al considerarse que la parte demandante-apelante, ha cumplido con el requisito que indica la norma, y, entre otros documentos, están los señalados con los números 8 y 9 en los que dos personas firman un contenido de lo que luego serían aptas para declarar y ratificar dentro del proceso. En efecto, hay prueba documental *prima facie*; no se puede confundir dicha prueba con la que se debe desarrollar dentro del proceso; las personas de los documentos 8 y 9 pueden luego declarar y junto con otra prueba que puede proponerse dentro del procedimiento se daría respuesta de fondo a la pretensión de la parte plasmada en una demanda seria.

FILIACIÓN

Estimada que ha sido plenamente la demanda principal, declarando la sentencia la paternidad del demandante respecto del hijo de la interpelada, en detrimento de los postulados optativos de la demandada, la imposición a esta última de las costas de primera instancia resulta inobjetable, y responde sin estridencias al principio de autorresponsabilidad que informa el precepto.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosa Fernández Núñez

Se centra única y exclusivamente el recurso de la demandada doña Marcelina en el pronunciamiento sobre costas, pues indebidamente —entiende— le han sido impuestas las causadas en la primera instancia, con invocación del artículo 394.1 de la Ley Procesal Civil, inaplicable al caso, y bajo el argumento de que la pretensión del actor, don Darío, ha sido reconocida tras un largo proceso en que las reticencias y obstáculos de la Sra. Marcelina persisten hasta que es impuesta del resultado de las pruebas biológicas de paternidad, que atribuyen la de su menor hijo Pedro Enrique, nacido el 10 de enero de 2004, a don Darío con una probabilidad del 99,999755%, estimándose prácticamente probada.

El atento y detenido examen de las actuaciones a la luz de los argumentos desplegados por la apelante, imponen la desestimación de estos últimos y confirmación de la sentencia en sus propios términos.

Ciertamente, abordados los motivos del recurso por el orden de su enunciado, vemos que el primero debe necesariamente claudicar, pues sostiene la improcedencia de la condena en costas por la

especialidad del procedimiento, al ventilarse la acción de filiación ejercitada por el cauce, especial y no declarativo (*sic*) regulado en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que queda sustraído del tratamiento en costas del artículo 394 de la Ley, reservado precisamente a los juicios declarativos.

Y es que tratándose incontestablemente de un proceso especial, con dicha denominación meramente se hace referencia al trámite en que se ventilan pretensiones con objetos específicos y determinados —aquí los relativos a la paternidad y filiación, ex artículo 748.2.º de la Ley Procesal— por oposición al juicio ordinario, apto en principio para el debate de cualquier objeto procesal; el proceso declarativo, no es sino aquél por medio del que los tribunales dicen o declaran el derecho en el caso concreto, dispensando una tutela que se contraponen a la ejecutiva o cautelar, y es susceptible de desenvolvimiento en sede ordinaria o privilegiada, tal y como enseña la doctrina más autorizada. Decir que estamos ante un proceso especial, no excluye, pues, su carácter declarativo, ni constituye, por ende,

obstáculo alguno para la aplicación del régimen de costas procesales propio de estos últimos, contenido en cuanto a la primera instancia, en el artículo 394 de la Ley Procesal, rectamente invocado por el juzgador de instancia.

Pues bien, inspirado el artículo 394 de la Ley Procesal en los principios del vencimiento objetivo, la regla primera y principal en materia de costas, coloca las de primer grado a cargo de la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal estime, y así se razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Y en el supuesto de autos, estimada que ha sido plenamente la demanda principal, declarando la sentencia la paternidad del demandante respecto del hijo de la interpelada doña Marcelina, en detrimento de los postulados optativos de la demandada, la imposición a esta última de las costas de primera instancia resulta inobjetable, y responde sin estridencias al principio de autorresponsabilidad que informa el precepto, atribuyendo a cada parte las consecuencias de sus propios actos y sus propias actitudes, sobre todo cuando inciden en las secuencias vitales y patrimoniales de otro sujeto, la contraparte en la instancia procesal.

Dicha conclusión no puede verse enervada por los argumentos de la apelante, que tratan, en

definitiva, de sacar partido a la calculada ambigüedad mantenida a lo largo del proceso, iniciado mediante demanda presentada a reparto el 10 de noviembre de 2005, remitiendo las objeciones y reparos sólo ante el categórico resultado de la prueba biológica, en ocasión de la vista final celebrada el 10 de abril del año en curso, en términos impropios de quien tiene admitido sin ambages el noviazgo mantenido con el demandante don Darío, incluyendo relaciones sexuales aptas para la procreación, concretamente al tiempo de la concepción del menor, a quien, por lo demás, inscribe doña Marcelina en el Registro Civil de Ceuta, haciendo constar como nombre del padre, a efectos identificadores, precisamente el de, Darío», trasladado asimismo al Libro de Familia expedido a nombre de la progenitora, y en circunstancias tales su posicionamiento procesal, que más allá de las cautas y matizadas palabras, ha mantenido activo el litigio hasta la sentencia de primer grado, con onerosas cargas para el actor, justifica la imposición de las costas de la meritada instancia, bien que dados los singulares perfiles de la situación creada y el limitado alcance de la apelación, no se ofrezcan méritos para un especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada.

FILIACIÓN

No se ve ningún obstáculo desde el punto de vista de la competencia para que el Juzgado de Primera Instancia ordinario conozca de la acción de reclamación de paternidad y de la acumulada de fijación de pensión alimenticia.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Fuentes Candelas

La cuestión de la acumulación fue desestimada en la sentencia apelada por las razones expresadas en su Fundamento de Derecho 2.º, con las que estamos de acuerdo. El impedimento radicaría en la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para el conocimiento de una acción de alimentos que estaría atribuida a los Juzgados de Familia, además del tipo de proceso. Pero, al margen de no mencionarse la cuestión en el escrito de preparación del recurso de apelación, no apreciamos motivos que impidan la acumulación. Conforme a las previsiones del artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial acordó atribuir a los Juzgados núm. 3

y 10 de esta ciudad el conocimiento exclusivo de los asuntos propios de los Títulos IV (matrimonio), VII (relaciones paterno-filiales), IX (incapacitación, en relación a los artículos 756 a 763 LEC) y X (tutela y demás relacionado) del Libro I del Código Civil, así como las cuestiones atribuidas por Ley a los denominados Juzgados de Familia. Dado que la materia alimenticia aparece regulada en diversos lugares, comprendería, por ejemplo, los alimentos en el seno de los procesos matrimoniales del artículo 93 y otros dentro del Título IV, o a favor de hijos menores sometidos a patria potestad del artículo 158 dentro del VII; pero no, por ejemplo, la materia alimenticia de los artículos 142 y siguientes

(Título VI), al menos en sentido propio o estricto no reconducible a otros supuestos sí incluidos. De lo que no cabe duda es que la materia de paternidad y filiación (Título V) no fue atribuida a los Juzgados de Familia de A Coruña; si el artículo 768 LEC permite acordar cautelarmente alimentos provisionales a cargo del demandado durante la sustanciación de los procesos de filiación; si dicho precepto sustituyó precisamente al derogado artículo 128 del Código Civil en el mismo sentido, comprendido en el Título V, excluido del acuerdo atributivo de la subespecialización en cuestión; si las medidas cautelares se caracterizan por su instrumentalidad, limitación, temporalidad y provisionalidad, pues se trata de garantizar la efectividad práctica de la tutela judicial que pudiera otorgar la sentencia a la parte demandante; y, en fin, si quien tiene la competencia para el conocimiento de los procesos de filiación son los Juzgados de Primera Instancia; la conclusión no puede ser otra que la de tener que reconocérsela también respecto de los alimentos pedidos en el mismo proceso (acumulación condicional o sucesiva por la estimación de la acción de filiación). Tema diferente puede ser el de ulteriores reclamaciones alimenticias. Sobre la referida apoyatura añadir que la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001, rechazó la tesis de que no pueda solicitarse la prestación alimenticia con anterioridad a la firmeza de una sentencia que establezca la paternidad del demandado, pues: «implicaría la práctica exoneración de la obligación alimenticia durante un prolongado período de tiempo, para el padre que se opone sin razón a asumir sus responsabilidades»; no se abonarían

antes de la demanda; y no es ése «el principio que informa esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, según se desprende de lo establecido en el artículo 103.3.º del Código Civil (para los supuestos de crisis matrimoniales) y más específicamente en el artículo 158 y sobre todo en el párrafo segundo del artículo 128 del mismo texto legal, vigente en la fecha de autos y hoy derogado, si bien la norma que establecía se contiene en el artículo 768.2 de la LEC 2000». En la misma sentencia se aceptó la acumulación de ambas acciones, porque: «Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 23 de octubre de 1990, ambas acciones no son incompatibles entre sí y ninguna razón contenida en el artículo 153 y siguientes de la LEC 1881 impedía su acumulación», como no sería obstáculo la previsión en aquella Ley de un cauce procesal especial de alimentos provisionales. La tesis de la parte apelante tampoco podría deducirse del artículo 266.2.º LEC, acerca de la carga de presentar con la demanda los documentos justificativos del título en cuya virtud se pretenden los alimentos, pues «se refiere exclusivamente a los supuestos en que se reclamen alimentos, esto es prestaciones alimenticias ya establecidas en el correspondiente título (de ahí la necesidad de presentación del mismo), pero no a los supuestos en que lo que se demanda es precisamente la constitución de tales alimentos que, a través de la correspondiente sentencia, generará el consiguiente título de reclamación» (SAP -4.ª- de Las Palmas de 31 de marzo de 2005, admitiendo igualmente la acumulación de las dos acciones).

UNIONES DE HECHO

Habiendo reconocido la conviviente que desde al menos seis años viven en domicilio distintos, no se fija pensión por el cese de convivencia.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Inmaculada Suárez Bárcena Florencio

Respecto de esta última pretensión, mantiene la parte apelante su derecho a tal prestación económica por cuanto que no obtiene ingreso alguno procedente de actividad laboral, habiéndose dedicado al cuidado de su hijo y del propio señor Miguel Ángel. No podemos olvidar que la hoy apelante no contrajo matrimonio en momento alguno con el Sr. Miguel Ángel, habiendo mantenido ambos una relación convivencial *more uxoris*, situación a la cual, si bien, por analogía, le resulta de aplicación el contenido del artículo 97 del

Código Civil, cuestión esta pacífica en la Doctrina mantenida por esta Sala, no podemos olvidar, que, en autos no ha quedado acreditado cuál fuera el período de convivencia entre ambos litigantes, y, además, la propia solicitante ha reconocido que la convivencia entre ambos no existe desde, al menos, seis años atrás, habiendo vivido ambos desde entonces, separadamente y con autonomía económica uno del otro, teniendo reiterado esta Sala, que es al momento de la ruptura de la vida en común, al que se ha de estar para apreciar el

desequilibrio económico relevante para la fijación de una pensión compensatoria, y no al presente en que se dicta la Sentencia, cuando la ruptura de la vida en común hace ya más de seis años que se produjo, pues, por regla general, las posteriores circunstancias sobrevenidas, no pueden ser tenidas en consideración para apreciar si esa ruptura origina en alguno de los convivientes desequilibrio patrimonial, pues no puede olvidarse que la finalidad que con dicha institución jurídica se persigue, es la de evitar que la ruptura suponga para uno de los convivientes un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado durante el tiempo de convivencia, consideraciones estas que dan pie a este tribunal colegiado de la alzada para resolver, en cuanto a esta cuestión, en contra de los intereses de la recurrente, confirmando plenamente el criterio de la juzgadora *a quo*, ya que el hecho de que dicte la sentencia seis años después de la ruptura convivencial, tiempo durante el cual ambos litigantes han vivido separados y con economías independientes, ni modifica, ni empeora la situación económica, que la actora ha venido disfrutando

durante ese tiempo con absoluta independencia del demandado, no resultando admisible conceder en el momento actual la pensión compensatoria que establece el artículo 97 del Código Civil, por cuanto que ni es absoluta, ni vitalicia, sino relativa y circunstancial lo cual determina el fracaso de la pretensión interesada por la actora, recurrente en apelación, más aún, cuando en la apelación, los argumentos impugnatorios sobre los que parece sustentar su impugnación, parecen confundir la pensión alimenticia, con los límites de la pensión compensatoria, instituciones ambas que responden a finalidad y presupuestos distintos y que no caben confundir, más aun cuando la apelante cuenta con ingresos procedentes de los alquileres que viene efectuando sobre el domicilio familiar, y consta en los documentos núm. 25 y 167, y cuenta con una edad muy apta y con experiencia laboral más que suficiente para acceder al mercado laboral y así obtener ingresos con los que atender a su propia subsistencia, por lo que el motivo de apelación debe perecer.

UNIONES DE HECHO

Tampoco se dan los requisitos para considerar la existencia de la comunidad de bienes, pues de la abundante prueba practicada no se desprende una voluntad inequívoca de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia, así no constan cuentas corrientes de titularidad conjunta. Además es patente que la convivencia de los litigantes no tuvo ninguna trascendencia en parte de los bienes adquiridos durante ésta. Aunque el inicio hubiera sido anterior a 1983 la convivencia hubiera tenido escasa incidencia en la adquisición de la vivienda familiar, dado que en el momento de esta adquisición su duración era reducida. Por otra parte, una porción significativa del patrimonio mobiliario del demandado procede de herencias.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

De accederse a la primera pretensión de la parte apelante la demandante doña Julia obtendría lo mismo e incluso más que si hubiera existido la sociedad de gananciales, para lo cual como es sabido es indispensable la celebración del matrimonio. Tampoco existen los requisitos para la existencia de la comunidad de bienes, pues de la abundante prueba practicada no se desprende una voluntad inequívoca de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia, así no constan cuentas corrientes de titularidad conjunta.

Además es patente que la convivencia de los litigantes no tuvo ninguna trascendencia en parte de los bienes adquiridos durante la misma. La parcela donde se construyó la vivienda familiar se adquirió el 11 de febrero de 1983 (documento que obra al folio 718) y la cédula de habitabilidad de la vivienda fue expedida el 27 de diciembre de 1984. La convivencia entre los litigantes se inició a principios de los años 80, aunque no se puede precisar el año dada las versiones contradictorias de los testigos. Pero aunque el inicio hubiera sido anterior a 1983 la convivencia hubiera tenido escasa

incidencia en la adquisición de la vivienda familiar, dado que en el momento de esta adquisición su duración era reducida.

Por otra parte una porción significativa del patrimonio mobiliario del demandado procede de herencias. De la herencia de don Mariano recibió una porción hereditaria individual de 117.209,82 euros (documento que obra al folio 558) y lo que es más importante por la venta de una de las fincas que componía el caudal hereditario recibió 343.436 euros (escritura que obra del folio 560 al 584 ambos

inclusive). Y de la herencia de doña Beatriz recibió 18.647,46 euros (documento que obra del folio 605 al 616 ambos inclusive).

A mayor abundamiento no existió una especial colaboración de la demandante, la cual durante la convivencia puso un taller de costura donde hacía trajes de novia, tal como admitió su hija Ana en el interrogatorio.

En base a todo lo expuesto la primera pretensión de la primera parte apelante no puede tener favorable acogida.

UNIONES DE HECHO

No se considera que haya existido en los convivientes voluntad de crear una comunidad de bienes, ya que no figura bien alguno adquirido en dicha forma participada ni tampoco consta la existencia de cuentas bancarias abiertas en cotitularidad o en las que se hubiera autorizado para disponer al no titular.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Cristina Trascasa Blanco

A la vista de las alegaciones con las que se insiste en la tesis de la existencia de una comunidad de bienes o acervo común formado entre los litigantes en el tiempo que duró su convivencia, resulta de plena aplicación la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2001 que citando las de 21 de octubre de 1992 y de 23 de julio de 1998 recuerda que «esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión para matrimonial *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»; doctrina que reitera la Sentencia de 27 de mayo de 1998 según la cual «del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los lími-

tes generales del artículo 1255 del Código Civil; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patentecen que quieren constituir una sociedad o una comunidad de bienes».

Pues bien, en el caso que se somete a revisión de la Sala el demandante no ha acreditado que hubiera un acuerdo expreso ni tácito entre las partes para que lo adquirido por cualquiera de los litigantes durante su unión extraconyugal lo fuera en proindivisión, como tampoco que ostente crédito alguno frente a la demandada. En efecto, en primer lugar las pruebas practicadas arrojan signos que desmienten la alegada voluntad de los litigantes de compartir y al 50 %, cual se aduce, el patrimonio que respectivamente fueron formando constante su convivencia. No sólo no figura bien alguno adquirido en dicha forma participada, como tampoco la existencia de cuentas bancarias abiertas en cotitularidad o en las que se hubiera autorizado para disponer al no titular, sino que de la lectura de la propia demanda resulta el reconocimiento de la ostentación por cada una de las partes de un respetable patrimonio obtenido a partir de los ingresos reportados por sus respectivas e independientes actividades laborales, así como el compartido deseo de mantenerlo como privativo. El actor al ser interrogado por su Letrado en el acto de la vista manifestó que nunca hablaban de sus respectivos bienes ni de sus ingresos, que la demandada con su dinero adquiría propiedades y que él administraba lo suyo propio. En el mismo sentido debe interpretarse el hecho de que, cual aduce en dicho escrito de alegaciones, se

adjudicaron por el actor todos sus bienes a su hija matrimonial y a cuyo acto de disposición, según explica, obedece la escritura de poder por la que dicha descendiente facultó al demandante para la libre disposición de los bienes adjudicados, y cuyo otorgamiento tuvo lugar en el tercer año de los ocho que duró la relación de éste con la demandada, lo que amén de compaginarse mal con la alegada sociedad o comunidad de intereses con su compañera sentimental, desvirtúa asimismo la tesis de la necesidad de escriturar determinados bienes a nombre de ésta y a fin de ocultarlos en el proceso de divorcio de su primera mujer. Pero es que, además, la alegación de la concurrencia de esta razón de proceder en la titulación a favor de la demandada de los muebles e inmuebles que se iban adquiriendo durante la vida en común no se ha visto respaldada con elemento probatorio que permita el juicio de inferencia acerca de la efectiva titularidad material o real por el actor sobre bien concreto alguno de los relacionados en la demanda y por cuanto si bien y con relación a la casa sita en la Partida de Canastell y que constituyó el domicilio de la pareja, se había aportado un principio de prueba documental a los fines de demostrar la compra por el demandante de dicho inmueble, al aportar la copia de un contrato privado y de un extracto bancario en el que consta una transferencia por el precio de venta indicado en dicho documento, una escritura pública de poder suscrita, como el contrato privado previo, con sus anteriores titulares registrales, y el poder otorgado por la demandada a favor del actor sobre dicho inmueble en fecha próxima a su transmisión a la misma en documento público, sin embargo no podían desconocerse las exigencias probatorias derivadas de la expresa impugnación por la parte demandada de los referidos documentos privados, y en particular, en la parte que trataban de acreditar el abono del precio de la compraventa por el actor, siendo que no sólo no se ha practicado en la primera instancia, ni intentado tampoco en esta alzada, acti-

vidad probatoria alguna encaminada a la adveración de la dicha documental, sino que en el acto del juicio la tesis del pago íntegro por el demandante del importe de la venta, quedó desmontada con su propia declaración al admitir que la demandada había contribuido con su dinero en esa compra, en concreto y sin precisar cantidad alguna, al adquirir 12.000 de los 16.000 metros cuadrados que componían la finca. Tampoco se ha aportado justificación documental alguna de los concretos desembolsos que se alegaba había realizado el demandante por motivo de determinadas obras de reforma en la vivienda y la testifical practicada al efecto no ha podido cerciorar ni la concreta suma satisfecha por tal concepto ni la procedencia del dinero cobrado. Respecto de los restantes bienes inmuebles y de la furgoneta A-2879-C, objeto de la litis, el vacío probatorio ha sido total. Por ello y con relación a los mismos ningún otro argumento ni razonamiento, se estima, es necesario añadir a la fundamentación de la sentencia apelada que no sea, y para abundar en la misma, que la admisión en juicio penal previo por el demandado de la titularidad ostentada por la demandada sobre dicho vehículo y que sirvió de fundamento a la condena de aquél no se compadece con las razones ofrecidas para su actual reclamación, y que tampoco la hipoteca sobre un inmueble que no se ha probado sea propiedad del actor, puede sustentar la pretensión de ostentar derecho alguno sobre determinada finca adquirida mediante el préstamo obtenido con dicho gravamen y cuando, además, incluso y como se admite, la nueva adquisición inmobiliaria se verificó por la demandada después de la ruptura de la relación sentimental de los litigantes. Por ello e insistiendo en la carga probatoria que, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recaía sobre la parte demandante para hacer viable las concretas pretensiones deducidas en la demanda, ésta, nuevamente y a la vista de lo actuado, debe ser íntegramente desestimada.

CUESTIONES PENALES

El cambio de cerradura en un bien ganancial, por la propia esencia de lo que es el régimen de la sociedad legal de gananciales, no es constitutivo de un delito o falta de coacciones, donde el elemento nuclear del tipo es quien no estando legítimamente autorizado actúa en un determinado sentido.

AP CUENCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Díaz Delgado

Por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de San Clemente se dictó con fecha 13 de marzo de 2006

sentencia, en la que como hechos probados se declara: «Que en fecha 23 de enero de 2007, doña

Lucía formuló denuncia ante la Guardia Civil de la localidad de San Clemente contra su suegro don Eusebio, por haber cambiado la cerradura de la nave o cochera contigua a la vivienda que constituye el domicilio familiar sito en la CALLEooo núm. NÚMooo, y ello al entender que es debido al encontrarse actualmente en proceso de separación matrimonial con el hijo del denunciado, quien al haber cambiado las cerraduras de las puertas que dan acceso a dicha nave desde la vivienda con anterioridad de los hechos, le ha impedido la utilización de la misma, encontrándose en dicho lugar lavadora, cocina, alimentos y otros útiles domésticos, además de impedir guardar su vehículo». Su parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que debo absolver y absuelvo a don Eusebio de los hechos que se le imputaban en las presentes actuaciones, declarando de oficio las costas causadas».

El presente recurso de apelación debe ser desestimado, debiendo señalarse, además de los atinados argumentos del Juez de instancia, que el cambio de cerradura en un bien ganancial, por la propia esencia de lo que es el régimen de la sociedad legal de gananciales no es constitutivo de un delito o falta de coacciones, donde el elemento nuclear del tipo es quien no estando legítimamente autorizado actúa en un determinado sentido. Y se dice esto porque la esencia del régimen económico-matrimonial conocido o denominado sociedad

de gananciales es un régimen de comunidad regido por las normas de la comunidad germánica, no de la comunidad romana, o copropiedad por cuotas recogido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Tal regulación jurídica de la Sociedad de Gananciales, en orden al aspecto penal respecto a la antijuridicidad hace, que nos encontremos ante un patrimonio independiente de ambos cónyuges, y ello atribuye individualmente a cada cónyuge un derecho expectante no sobre los bienes concretos sino sobre las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por ambos cónyuges que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquéllas (artículo 1344 del Código Civil).

En definitiva en la sociedad de gananciales, como sociedad germánica, o en mancomún, no hay atribución de cuotas en cada bien, pues cada uno de los comuneros pueden servirse y utilizar el bien en su totalidad, lo que hace que ya el Código Civil prevea en los artículos 1392 y siguientes, las causas de disolución de la sociedad legal de gananciales para casos de crisis. En definitiva en supuestos como el presente, el requisito de la antijuridicidad como conducta contraria al ordenamiento jurídico, es decir que no está amparada por norma alguna, queda totalmente desdibujado, y ello hace que deba confirmarse la sentencia recurrida.

CUESTIONES PENALES

El no abonar las cuotas de la hipoteca y demás gastos de la vivienda (IBI o comunidad de propietarios) no son elementos que integran el tipo del delito de abandono de familia.

AP VALLADOLID, SEC. 4.ª, AUTO DE 13 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Santiago Martínez García

En la denuncia que dio origen a este procedimiento, por la parte denunciante se explicó que el motivo de la denuncia era que el denunciado había dejado de pagar las cuotas del préstamo hipotecario de la vivienda ganancial correspondiente a las mensualidades que allí se indican, los recibos correspondientes a la contribución (IBI) y la mitad de los gastos de la Comunidad, todos ellos referidos a la vivienda ganancial; por último se hacía referencia al impago de los alimentos para con los hijos correspondientes al mes de junio de 2003 y julio de 2004, que en su declaración la denunciante amplía a los meses de julio de 2005 y julio de 2006.

Como ya tuvo ocasión de exponer esta Sala en su Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2003, en el Rollo 556/03, «Partiendo de la consideración de que el delito imputado es un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal producida en el ámbito de un proceso matrimonial, en la línea de lo que ya expusimos en nuestra Sentencia núm. 366/2003, de 15 de julio de 2003, un primer problema que debemos abordar a la hora de analizar este asunto es que uno de los elementos que integran el tipo objetivo es la fijación de cuál debe ser el

título generador de la obligación de pago, a fin de delimitar su alcance.

El artículo 227 del Código Penal se refiere a “cualquier tipo de prestación económica” siempre que tenga por beneficiarios al cónyuge o a los hijos, que la misma se haya establecido en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, y que tal pronunciamiento se haya producido en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad matrimonial, proceso de filiación o proceso de alimentos.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la expresión “cualquier tipo de prestación económica” exige un esfuerzo de delimitación a fin de no olvidar el bien jurídico protegido y que con este precepto lo que se están protegiendo no son todos los pronunciamientos judiciales dictados en aquellos procesos que puedan tener algún contenido económico, sino sólo las prestaciones que tienen un genuino carácter asistencial; así, tratándose de procesos matrimoniales, los supuestos más claros de deberes prestacionales protegidos por el precepto son la contribución a las cargas del matrimonio [artículos 90.c) y 93 del Código Civil], la pensión por desequilibrio económico (artículo 97 del Código Civil) y la indemnización al cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial (artículo 98 del Código Civil).

En esta misma línea se ha manifestado nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de julio de 1999 en el sentido de que una interpretación extensiva del precepto podría determinar su inconstitucionalidad, cuando tal interpretación supusiese una forma encubierta de “prisión por deudas”, dado que la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 que dispone: “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, precepto que se integra en nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución.

Por tanto no pueden ser incluidas en el concepto del tipo aquellas cantidades que no participen del sustrato asistencial, habiendo entendido la doctrina que así acontece con las cantidades propias de litis expensas, o los créditos finales que uno de los cónyuges pueda tener contra el otro en virtud de la liquidación de la sociedad económico-matrimonial.

Entendemos que tampoco pueden ser incluidos en el concepto los pagos de los préstamos, hipotecarios o no, que tuvieran suscritos los cónyuges antes de la ruptura matrimonial. Es frecuente que los matrimonios tengan concertados contratos de préstamo, personales, hipotecarios para la compra

de la vivienda, o de otro tipo, y siempre se plantea el problema de quien tiene que hacerse cargo de tales préstamos cuando se produce la situación de ruptura matrimonial.

Ocurre que en ocasiones los matrimonios asumen un nivel de gastos y de endeudamiento que después es insostenible si se produce la separación o el divorcio, dado que estas situaciones implican necesariamente una pérdida económica y una duplicidad de gastos que puede provocar el que no se pueda hacer frente a los pagos de los préstamos que en su día habían sido concertados y asumidos frente a una entidad crediticia.

Los pronunciamientos judiciales de las causas matrimoniales en los que se impone a uno de los cónyuges el pago de la mitad o de la totalidad de los préstamos que tenían suscritos los cónyuges (obviamente sin perjuicio de los créditos que ello pueda generar de cara a la posterior liquidación de la sociedad legal de gananciales), son pronunciamientos harto discutibles, puesto que intentan imponer a un cónyuge una obligación dentro de una causa matrimonial cuando en realidad esa obligación es de carácter contractual y es una obligación que se tiene contraída frente a un tercero, que es el Banco o entidad crediticia con la que se concertó el préstamo. Los Juzgados y Tribunales pueden tener en cuenta cuál de los cónyuges es el que se va a hacer cargo del pago de tales préstamos (si es que alguno de ellos está en condiciones de asumirlos tras la ruptura) a fin de, en base a ello, fijar las pensiones de alimentos a favor de los hijos o la eventual pensión por desequilibrio económico a favor de uno de los cónyuges, y si después no son atendidos tales préstamos, ello podría servir de base para que se interesara una modificación de las medidas en su día acordadas.

Haciendo referencia concretamente a los préstamos hipotecarios, hemos de tener en cuenta que el deber de los padres de procurar habitación a sus hijos, como un elemento más del deber de alimentos, no significa que necesariamente tengan la obligación de adquirir una vivienda en propiedad, pues ese deber y esa necesidad también pueden quedar cubiertos con las pensiones que se señalen, a fin de que con ello pueda quedar debidamente atendida la necesidad de la habitación (por ejemplo, alquilando un piso).

En consecuencia, hemos de llegar a la conclusión de que la obligación que los cónyuges tenían asumida de pagar los préstamos a las entidades crediticias, es una obligación de carácter contractual (recuérdese el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), tratándose de una prestación económica cuyos beneficiarios no son directamente el cónyuge o los hijos; es muy discuti-

ble que en el convenio regulador o en la resolución judicial se pueda imponer a uno de los cónyuges el deber de hacerse cargo de la totalidad o de parte de los préstamos que tenía asumidos el matrimonio, y las consecuencias del impago de los mismos tienen una clara repercusión en la relación contractual entre prestamista y prestatarios, mientras que su influencia en la causa matrimonial es sólo indirecta, dado que su impago puede provocar una revisión de las medidas que en su día fueron acordadas; por último, no se trata de una prestación de carácter asistencial, y el deber de los padres de procurar habitación a sus hijos, como ya antes dijimos, no pasa necesariamente por el hecho de que los padres tengan que adquirir una vivienda en propiedad, pudiendo quedar atendida tal necesidad de otras formas».

Tales consideraciones son perfectamente trasladables a los recibos de la Contribución (Impuesto de Bienes Inmuebles) y a los gastos de la Comunidad de Propietarios que consideramos no pueden ser incluidos en el concepto de «prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos», sin perjuicio de que sean susceptibles de ser reclamadas en vía civil.

Por tanto, las únicas cantidades que podrían servir de base para la configuración del delito son los impagos de los alimentos para con los hijos, dado que al parecer el marido deja de abonar una mensualidad al año, entendemos que coincidiendo con el período de tiempo en el que los hijos están en su compañía durante las vacaciones, dado que entonces asume directamente su sostenimiento y manutención. No es éste el lugar de decidir si tal mensualidad ha de ser abonada o no por el marido, pero de ello no resulta que se estén impagando las pensiones económicas a favor de los hijos, a los efectos de configurar el delito que nos ocupa.

Todas estas consideraciones nos conducen a que, con los datos que en este momento obran en la causa, no se aprecia la existencia de elementos suficientes como para que el procedimiento siga adelante, y que por el contrario es procedente decretar el sobreseimiento provisional de las actuaciones, debiendo las partes solventar sus diferencias económicas relacionadas con el cumplimiento del Convenio Regular en el ámbito civil correspondiente.

CUESTIONES PENALES

Condena a unos padres por los delitos de violencia familiar y abuso sexual, poniéndose de manifiesto la desafortunada actuación de la Diputación Foral que debió retirar a los hijos años antes.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Josefa Barbarín Urquiga

Como destaca reiteradamente la jurisprudencia (por todas, STS 18 de abril de 2002, de 22 de enero 2002) puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su anterior ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –artículo 10 CE–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –artículo 15– y en el derecho a la segu-

ridad –artículo 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del artículo 39.

Por ello, la violencia física y/o psíquica a que se refiere el tipo (actual artículo 173.2), 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 fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

En definitiva interesa destacar que esta norma penal ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, con-

cretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno.

Los padres deben conformar el espacio de seguridad afectivo de los hijos. Su existencia y vigor fundamenta el sentimiento de confianza básico del ser humano: la seguridad en sí mismo y en el conjunto de personas que conforman el círculo vital cálido. Por ello, el orden jurídico les confiere, como tarea vertebral, edificar los cimientos de un proyecto creativo sin parangón posible: modelar un ser humano identificado con los valores que le definen como persona –la esfera privada– y le identifica como ciudadano –la esfera pública.–

Los acusados con su conducta, privaron a su hijo del afecto necesario para, durante su infancia, crecer interiormente, y consecuentemente, proyectarse exteriormente.

Juan María creció, como hemos expuesto, en el seno de una pareja violenta entre sí y con el menor, siendo rechazado por su padre, y «adultizado» por su madre, de suerte no ha tenido oportunidad, ni siquiera mínima de desarrollar su personalidad, de mantener una infancia, viendo atacado su «ser» como persona a nivel físico, psíquico, sin posibilidad alguna de defensa.

Todos los parámetros del desarrollo evolutivo del niño, que no nos olvidemos, nació dentro de la normalidad, se han visto en este caso alterados por el clima tan intenso de violencia, de abandono emocional, en el que el menor, se ha visto obligado a crecer. Es un claro ejemplo de traslación a los hijos de aquellas deficiencias mantenidas y no superadas en la propia infancia, privando a los descendientes de la suya propia:

No hay aspecto donde miremos donde no se constate este maltrato: no era correcto, ya desde el año 95 el cuidado, ni el sueño del bebé, luego, tampoco lo será su alimentación, no es correcto el cariño que no recibe el menor, ni por parte del padre, que nunca quiso su presencia, y se lo hace bien pronto saber pegándole, insultándole, humillándole, pero tampoco por parte de su madre, que también le pega y le insulta, le desprecia cuando no sabe cómo tratarle, le controla desde que es un bebé, no le deja jugar con los juguetes, ni salir al parque, aislándole de los iguales y pidiéndole que se comporte como un adulto, y que en definitiva ocupe la posición que Blas, por sus deficiencias físico-orgánicas, y por el conflicto con Cecilia, no puede ocupar.

Y así tenemos a un niño que nació como un bebé sano, fuerte, convertido en un pre-adolescente enfermo, con una minusvalía reconocida por la propia Diputación del 33%, y que lamentablemente, según se infiere de las opiniones de los expertos,

tendrá dificultades para desarrollar un proyecto de vida armonioso.

En relación al delito de abuso sexual sobre Juan María:

El delito de abusos sexuales se caracteriza (STS de 11 de diciembre de 2001) por el atentado contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, cometido sin violencia ni intimidación, pero también sin que medie consentimiento (que es el tipo básico del artículo 181.1 del Código Penal), del que forma parte el apartado segundo de mencionado precepto, que únicamente presume legalmente la irrelevancia del consentimiento, como norma interpretativa, al decir que «a los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años» (entre otros supuestos) y el apartado tercero, que no es sino una faceta más de la obtención viciada del consentimiento, en este caso, prevaleciendo de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

En el presente proceso queda acreditado que la víctima, en el momento de los hechos que se recogen en el relato fáctico de esta resolución, tenía menos de 12 años de edad. Luego, a la luz del diseño legal ofrecido por el artículo 181.2 del Código Penal, la introducción de la misma en un contexto sexual se entiende huérfano de libertad. Puede afirmarse, en consecuencia, que ambos acusados desplegaron una actividad sexual no consentida, lo que dota de pleno sentido a la expresión «atentado a la libertad sexual de otra persona» sobre la que se cimenta el tipo de injusto contemplado en el artículo 181.1 del Código Penal.

La acusación postula la concurrencia de las circunstancias 3.^a y 4.^a del artículo 180.1 del Código Penal, a que se remite el artículo 181.4 del mismo Código.

Puede afirmarse la concurrencia de la agravación prevista en el párrafo cuatro del mencionado precepto:

Los acusados se prevalieron de la relación de parentesco existente para desarrollar los hechos, valiéndose de la confianza que el menor tenía en ellos depositada por tal condición, quebrantando el círculo vital cálido que en condiciones normales habría debido servir como marco idóneo para el desarrollo y formación integral del menor, al que aislaron a nivel social y familiar, aprovechándose de la situación por ellos mismos creada para realizar la conducta descrita.

Realizaron, pues, el tipo agravado contenido en el artículo 180.1.4 del CP y sancionado de forma específica en el artículo 181.4 del mismo Texto Legal.

Igualmente, la repetición de esos actos aprovechando idéntica ocasión, en número indeterminada de veces, sobre la misma víctima, obliga a considerarlos como constitutivos de un único delito continuado, de conformidad con el artículo 74 del Código Penal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha considerado aplicable en estos casos la continuidad delictiva (por todas, STS de 9 de febrero de 2004).

Y ello porque la falta de datos que permitan determinar el espacio temporal existente entre las distintas infracciones contra la libertad sexual del menor dificulta la sanción de las mismas de manera separada, de ahí que también deba apreciarse la continuidad delictiva, respecto a la cual la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (expresada, entre otras, en Sentencias de 9 de junio de 2000, 30 de mayo de 2001, 10 de julio de 2002 y 1 de diciembre de 2004) reiteradamente ha venido declarando que sólo es factible cuando se trate de ataques a un mismo sujeto pasivo, siempre que, como acontece en el caso de autos, tengan lugar en el marco único de una relación sexual que obedezca a un mismo dolo, similar unidad de propósito y aprovechamiento de una situación circunstancial mantenida y común a todas las agresiones en cuestión, o cuando los hechos se repitan aprovechando un estado o situación permanente de prevalimiento por cualquier causa o falta de consentimiento.

No podemos considerar los hechos, como pretende la acusación pública, como constitutivos, también, de dos delitos de abuso sexual, en forma de acceso carnal por vía bucal, anal o vaginal, en la forma prevista y penada en el artículo 182.1 y 2 del CP.

Ello porque, al margen del testimonio de referencia del menor Juan María, el resto de pruebas practicadas en el plenario permiten corroborar la existencia de una sexualización traumática hacia el niño en la forma expuesta, más no que ésta haya consistido en ningún tipo de penetración ni hacia él ni hacia su hermana Filomena, de quien, como hemos expuesto, ni tan siquiera consideramos probado que hubiera sufrido abusos por parte de su progenitor.

Es la total ausencia de corroboración periférica sobre este dato fáctico trascendental ofrecido por el niño la que impide apreciar la concurrencia del mencionado tipo de abuso agravado, ante, nuevamente, el vacío probatorio existente.

En relación al delito de exhibicionismo y provocación sexual:

La acusación pública ha postulado la sanción de estos hechos como delito de exhibicionismo y provocación sexual.

El CP dentro del artículo 185 alude a «actos de exhibición obscena», es decir, con una inequívoca referencia sexual provocadora, y por ello han de ser realizados con el fin de involucrar en su entorno, de uno u otro modo, al sujeto pasivo. Ello exige la comprobación, en cada caso, del elemento subjetivo –ánimo lascivo, involucrador– lo que excluye del tipo las conductas no provocadoras y aun carentes del específico dolo, consumándose el delito tan pronto como se realiza la conducta típica y se produce el desvalor del hecho; se trata, por tanto, de delito de mera actividad y, por ende, de consumación instantánea.

Abunda a esta conclusión el análisis del bien jurídico protegido, en este caso la libertad sexual del menor, relacionada además con el adecuado desarrollo de su personalidad.

El tipo penal anticipa y brinda una protección incondicional a las personas consideradas más vulnerables, en beneficio de su indemnidad sexual y amparo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, constitucionalmente garantizado.

Pero es que en el caso de autos la conducta de ambos progenitores no ha consistido sólo en una involucración del niño en un contexto sexual no deseado por éste, obligándole a presenciar el acto sexual realizado por los progenitores, sino que ha ido más allá, exigiendo una intervención y participación activa del menor, tanto en referencia a Blas como en relación a Cecilia.

Los hechos declarados probados no permiten diferenciar supuestos específicos desarrollados en un contexto espacio-temporal propio en los cuales la conducta abusiva de los acusados se ciñera a instar de Juan María la percepción visual de las prácticas sexuales de sus padres, sino que, antes bien, de forma indiferenciada, la presencia del niño fue utilizada como estímulo sexual activo por parte de ambos progenitores.

Ambos acusados combinaron el rol de espectador del menor con la función de involucración activa del mismo en tales prácticas.

Es por ello que el Tribunal no va a sancionar estos hechos separadamente, sino que, entendiendo la presencia del menor como una primera fase del contexto abusivo, realizado siempre de forma unitaria y progresiva, considera que el desvalor de tales actos queda integrado en el posterior delito continuado de abuso sexual por el que se sanciona.

El orden jurídico penal es una estructura que, a través de la sanción, busca transmitir un mensaje normativo de ratificación del valor de los intereses legalmente tutelados y de protección eficaz de las víctimas.

I. Desde esta premisa, debe partirse del marco legal que fija el artículo 153 en la redacción anterior a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en relación con el actual artículo 173.2 del CP: Pena de prisión de seis meses a tres años.

En este caso, la gravedad del injusto típico cometido sobre Juan María es indudable: La pluralidad y reiteración de actos cometidos, y el resultado producido y ya expuesto en forma de secuelas psico-físicas hacia el propio hijo, justifica tildar de sumamente grave el hecho típico.

Las circunstancias personales de los sujetos activos no devalúan, antes al contrario, esta apreciación: de forma plenamente voluntaria, y consciente ejecutan una pluralidad de actos que conllevan la creación de un espacio familiar basado en la violencia como forma de educar y someter al hijo propio.

En definitiva, el desvalor de la acción predicable de la diversidad de ataques contra la integridad física y psíquica del menor realizado por ambos acusados es de tal intensidad, y tan grave el resultado producido sobre la víctima, que el Tribunal entiende justificado la imposición para ambos acusados de la pena máxima de tres años de prisión, como respuesta proporcionada a la entidad del injusto cometido.

II. En segundo lugar, el artículo 181.1 y 2 CP fija un marco legal que sanciona estos actos de abuso sexual con la pena de uno a tres años de prisión.

En los supuestos, como el presente, en que concurre alguna circunstancia agravante del número 3 o 4 del artículo 180.1 CP la pena deberá ser impuesta en su mitad superior, esto es, de dos a tres años de prisión.

Sobre este marco legal debemos aplicar la continuidad delictiva que previene el artículo 74 CP. En concreto, el precepto exige imponer la pena señalada para la infracción más grave, en su mitad superior, según redacción anterior a la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre, lo que sitúa el marco punitivo aplicable, entre los dos años y medio a tres años de prisión.

De conformidad con el artículo 66.1 CP en la imposición de la pena debemos atender a la gravedad del hecho cometido y las circunstancias personales del delincuente:

Ambos acusados son perfectamente motivables, con capacidad de adecuar su conducta a la prohibición de ingerencia en la libertad sexual del hijo, y actuaron con dolo directo en la consecución finalista del resultado. Este doble razonamiento justifica la imposición de la pena máxima de tres años de prisión.

III. La pena de prisión acarreará la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio

pasivo durante el tiempo de la condena *ex* artículo 56.1 del C. Penal.

IV. De conformidad con el artículo 57 en redacción anterior a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, procede la imposición para ambos acusados de la prohibición de acercamiento a Juan María y Filomena a menos de 200 metros, y comunicación con ellos por cualquier medio de comunicación o medio informático, telemático, contacto escrito, verbal o visual, por un plazo, también máximo, de cinco años.

V. Los dos peritos que han depuesto en el acto del plenario, don Luis Pablo, y Aurelio, han puesto de manifiesto que Juan María es uno de los menores más dañados que han conocido, sometido a un abuso crónico, causado por ambos progenitores, lo cual significa que ambos tienen una incapacidad parental severa, crónica e irreversible.

Los expertos recomendaron que, durante un cierto tiempo, suficiente para permitir al menor su recuperación, se suprimiese el contacto y el régimen de visitas del niño con ambos progenitores, a fin de que éste pueda reconstruir adecuadamente el historial familiar vivido.

En base a las conclusiones de estos peritos, el Tribunal haciendo uso de la facultad que aparece reconocida dentro del artículo 192.2 CP, va a establecer para ambos acusados la pena consistente en inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, por tiempo máximo de seis años sobre Juan María.

Entendemos que Filomena, tal y como señalaron los expertos, se halla en la misma situación de riesgo que su hermano. Sin embargo, no podemos extender tal inhabilitación respecto a la niña, dado que la reforma habilitante, que modificó la anterior redacción del artículo 46 CP fue introducida en virtud de LO 15/2003, de 25 de noviembre, es decir, de forma posterior a los hechos aquí enjuiciados.

A tal fin, se insta al Ministerio Fiscal a que promueva en vía civil, las medidas procedentes para salvaguardar el superior interés de esta menor, en forma de privación de patria potestad de ambos progenitores sobre la misma, *ex* artículo 170 CC.

En este ámbito, merece una reflexión específica la actuación de la Sección de Infancia y Juventud de la Excm. Diputación Foral de Guipúzcoa:

I. La actuación de los poderes públicos respecto a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español viene regida por lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Destacan, a efectos de la presente reflexión, los siguientes preceptos:

1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas la asistencia adecuada

para el efectivo ejercicio de sus derechos (artículos 10.1 y 11.1). La actuación de administrativa estará guiada por un elenco de principios rectores, entre los que destacan los siguientes (artículo 11.2):

- a. La supremacía del interés del menor.
- b. El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés.
- c. La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

2. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla, realizando el seguimiento de la evolución del menor en la familia, adoptando, cuando la situación de riesgo que perjudica el desarrollo personal o social del menor así lo requiera, las medidas legalmente previstas, incluidas la asunción de la tutela por ministerio de la Ley (artículo 17).

II. La Sección de Infancia y Juventud de la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa tuvo conocimiento, en el año 1995, de que el menor Juan María pudiera estar sufriendo malos tratos en el entorno familiar. Durante ocho años implementó, de forma discontinua, programas de intervención administrativa (Giza-lan, Osatu) en el curso de los que, a pesar del riesgo de sufrir graves vejaciones, mantuvo al menor Juan María en el núcleo familiar. Durante el mentado plazo: Juan María continuó siendo víctima de la violencia de sus padres y, de forma añadida, padeció la depravación sexual de los mismos, y Filomena, nacida en el año 1999, sufrió también su violencia. En otras palabras: la actuación administrativa concebida para la protección de los niños no constituyó un marco de contención eficaz del riesgo de victimación de dos menores de edad. Es más: posibilitó la consolidación de la violencia psicofísica que padecía Juan María, la extensión de la violencia sufrida por el mentado menor al plano sexual y la expansión de la violencia psicofísica a

la menor Filomena. En definitiva: favoreció nuevas victimaciones y creó nuevas víctimas. Como colofón, cuando la situación era ya insostenible (si es que en alguna ocasión no lo fue para los niños), se decidió extraer a los menores del domicilio familiar para ubicarlos, eso sí, de forma temporal (por un plazo máximo de treinta días) en un espacio de acogimiento residencial, en el marco de un programa excepcional denominado servicio de respiro.

Juan María y Filomena no necesitan sobrevivir; precisaban vivir. Y para ello, era injustificable crear entornos de respiro abocados a insuflar el oxígeno vital mínimo para sufrir una nueva inmersión en un clima irrespirable para todo niño que hace del cariño y la esperanza su envoltorio natural; lo que resultaba ineludible era adoptar una decisión, que debió ser tomada años antes: sacarles de la familia de origen, dado que en la misma únicamente sentían el rostro amargo de la violencia. No se hizo así, sin embargo, y los resultados son tangibles: basta con leer con detenimiento el último apartado de la declaración de hechos probados de esta sentencia. No finalizó aquí, sin embargo, la desafortunada actuación del Servicio de Infancia y Juventud de la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa. En diciembre de 2004, en pleno desarrollo de un proceso judicial en el que se imputaban a los padres los hechos ahora enjuiciados, la autoridad administrativa referida, haciendo caso omiso de los terapeutas, peritos y educadores, y omitiendo toda comunicación previa a la autoridad judicial, inició un programa de revinculación progresiva de los menores con la madre. La Administración obligó, por lo tanto, a los menores a reescribir su realidad vital, orillando la verdad de lo padecido con su madre y atribuyendo consecuentemente a la misma un rol ficticio. Y todo esto siendo consciente, además, de que, en atención a los graves hechos imputados, era factible que el proceso judicial finalizara con la imposición de penas cuya naturaleza impide el mantenimiento de la relación de los progenitores con sus hijos.

CUESTIONES PENALES

Se acuerda el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones incoadas en virtud de la denuncia efectuada por el ex esposo contra su ex mujer dado que la apropiación denunciada tiene lugar en el seno de una separación sentimental en la que no ha tenido lugar la disolución de la sociedad de gananciales.

AP MADRID, SEC. 16.ª, AUTO DE 27 DE JULIO DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosa Esperanza Rebollo Hidalgo

Según SSTC de 14 de febrero y de 16 de noviembre de 1989, el respeto al derecho del proceso no es

incompatible con una resolución motivada del Juez de instrucción, que en fase instructora le ponga tér-

mino anticipadamente conforme a las previsiones de la ley. Es decir que si bien el juez de instrucción no hace una valoración de pruebas referidas a la acreditación de la inocencia o culpabilidad de la persona acusada, lo que evidentemente corresponde al juez sentenciador, si tiene que valorar la existencia de indicios suficientes y de entidad relevante para mantener abierto un proceso penal contra determinada persona.

Sentado esto procede examinar si la decisión adoptada por el Magistrado de Instrucción y referida al sobreseimiento y archivo de la causa es ajustada a Derecho o por el contrario existen indicios de la comisión de una infracción penal que exige

la práctica de otras diligencias de prueba tal como entiende la parte apelante.

Tal como alega el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, dado que la apropiación denunciada tiene lugar en el seno de una separación sentimental en la que no ha tenido lugar la disolución de gananciales ni consta en las actuaciones resolución judicial en la que incluso podría otorgársele la disposición del ajuar doméstico a la ex esposa, ahora denunciada.

Lo anteriormente expuesto conduce a estimar que no concurren los elementos configuradores del delito de apropiación indevida y por ello el recurso debe ser desestimado.

CUESTIONES PENALES

Se absuelve al esposo de un delito de quebrantamiento de condena dado que tiene una limitación en su capacidad de conocimiento que ha diagnosticado la señora psicóloga forense y no se ha acreditado si éste comprendía que la obligación que le había impuesto el Juzgado de Violencia sobre La Mujer implicaba que no pudiera ir a buscar a sus hijos al portal del domicilio conyugal.

AP MADRID, SEC. 17.^a, SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Manuela Carmena Castrillo

Con fecha 30 de mayo de 2007, se dictó sentencia en Procedimiento Abreviado núm. 238/2006 por el Juzgado de lo Penal núm. 22 de Madrid. En dicha resolución se fijaron los siguientes hechos, como probados: «Resulta probado y así se declara que, sobre las 22:15 horas, aproximadamente, del día 26 de mayo de 2006, el acusado Domingo, que padece un retraso mental leve, condenado en la Ejecutoria núm. 216/06 del Juzgado de lo Penal núm. 7 de Madrid, dimanante de la sentencia de fecha 16 de enero de 2006, dictada, con conformidad de dicho acusado, en las Diligencias Previas Urgentes núm. 3/06 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Madrid, entre otras penas a la de prohibición de acercamiento a una distancia no inferior a quinientos metros de doña Rosa, se personó en el domicilio de esta última sito en la c/ Paseo DIRECCIÓN0000 núm. NÚM0000, NÚM000 de Madrid, en cuyo portal se encontraba en compañía de su hermano Luis Alberto, con la pretensión de entrar en el mismo, pidiéndole que le entregara las llaves del domicilio.

Su parte dispositiva contenía el siguiente fallo: «Que debo condenar y condeno al acusado Domingo como autor de un delito de quebranta-

miento de condena (pena de prohibición de aproximación) previsto y penado en el artículo 468.2 del Código Penal, a la PENA DE PRISIÓN DE SIETE MESES, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las costas procesales causadas.

Domingo sufrió en el año 1991 un accidente de tráfico con resultado de traumatismo craneo encefálico severo permaneciendo varios días en coma. Según los informes neurológicos en poder de Domingo se acredita que padece un síndrome psicoorgánico con alteraciones conductuales y de funciones superiores con un deterioro aproximadamente del 16%.

Domingo desde que se separó de su esposa reside en el domicilio de sus padres. Su ex esposa Rosa aceptó desde el momento en que se llevó a cabo la separación (y después de que Domingo fuese condenado por la sentencia anteriormente citada, a la media de alejamiento más arriba descrita), que él mismo pudiera acudir a recoger y a devolver a los niños en el portal del domicilio de su ex esposa. El sistema que tanto, Rosa como Domingo seguían era

el de que éste llamaba al domicilio familiar, desde el portal, por el telefonillo y los niños bajaban.

Domingo el día 26 de mayo del pasado 2006 se encontró en el portal del domicilio de su ex esposa con el propósito de ver a sus hijos como hacía en otras ocasiones y al encontrarla en compañía de su cuñado quien estaba subiendo sus enseres al domicilio (pues había decidido irse a vivir con Rosa) se alteró y de forma airada manifestó que él era quien tenía derecho a vivir en ese piso y no su cuñado. Rosa llamó a la policía mientras que el propio Domingo acudió a la Comisaría de Policía a denunciar que su cuñado se había introducido en su propio domicilio.

Formula la letrada recurrente escrito de recurso de apelación contra la sentencia de la instancia, basada en lo que considera ha sido, por una parte, un error por parte del magistrado de la instancia en la forma en la que se han apreciado las pruebas, y por otra, infracción de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.1 del Código Penal. Fundamenta su recurso con base en estos dos motivos ya que, en su criterio, la sentencia de la instancia no ha estimado lo que considera ha sido la conclusión del informe de la psicóloga forense en el que apreció la falta de capacidad de Domingo de comprender la ilicitud de determinados hechos y de actuar conforme a esa comprensión. Concluía la letrada recurrente su escrito de recurso pidiendo la absolución de su cliente por considerar que el mismo era inimputable o subsidiariamente estaba afectado por una eximente incompleta respecto a la cual pudiera acordarse una pena más adecuada al desarrollo mental de Domingo.

Hemos modificado los hechos declarados probados. Como exponemos a continuación consideramos que los hechos por los que fue acusado en el acto del Juicio Oral Domingo exigen el análisis de todo un conjunto de datos, que en nuestro criterio, quedaron expuestos en el acto del Juicio Oral, pero que sin embargo la sentencia no consideró adecuado declararlos probados, probablemente por haber efectuado un diferente análisis del tipo legal.

Esto lo hacemos en virtud de la propia naturaleza del recurso de apelación que ordena el tribunal de apelación una evaluación de la forma en la que el juez de la instancia ha efectuado la valoración de la prueba. Éste naturalmente debe y puede efectuar la valoración de la prueba conforme a su propio criterio tal y como permite el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que éste sea debidamente explicitado en la sentencia. En la misma situación se encuentra el Tribunal de Apelación que puede revisar el criterio interpretativo del tribunal de la instancia y modificarlo por el suyo propio.

Es cierto que en muchas ocasiones, jurisprudencia reiterada de las Audiencias Provinciales, y en cierta medida también del Tribunal Supremo, ha considerado que el tribunal de apelación debía asumir la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la instancia, puesto que éste gozaba del privilegio de la inmediación del que se veía privado el tribunal de apelación.

Este criterio ha sido avalado, esencialmente, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para el caso de sentencia absolutoria a partir de la Sentencia de 18 de septiembre del año 2002. Sin embargo, y gracias a que en la actualidad la mayor parte de juicios orales son grabados en soporte audiovisual, lo cierto es que en ese momento el tribunal de apelación tiene prácticamente el mismo nivel de inmediación que tuvo el de la instancia. La grabación audiovisual permite además el repetido visionado de las actas lo que en muchas ocasiones facilita el percibir detalles que inicialmente nos habían pasado desapercibidos.

Así pues, es necesario para analizar la autoría del delito del que se acusa a Domingo partir del contenido del tipo legal previsto en el artículo 486 del Código Penal, denominado este tipo legal, de quebrantamiento de condena. Comprende como sabemos no sólo el claro quebrantamiento del incumplimiento de la pena privativa de libertad sino el de las penas de privación de derechos previstas en el artículo 48 del Código Penal.

Este artículo 48 del Código Penal ha definido de manera precisa el contenido de estas obligaciones de limitación de derechos. Como podemos ver en el párrafo segundo de este artículo se define en qué reside el contenido de la prohibición de aproximarse a la víctima y en el párrafo tercero en qué reside la obligación de no hacer para el condenado de comunicarse con la víctima.

Así mismo la obligación de no aproximarse a la víctima se define por el propio artículo 48 de esta forma: «La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena».

En igual sentido la obligación prevista en el artículo 48 del Código Penal del condenado de no comunicar con la víctima se define en el párrafo tercero de la siguiente forma: «La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus

familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

Pues bien, hacemos esta primera distinción porque queremos recalcar que, en nuestro criterio, es necesario para que el condenado conozca cuál es la obligación que le ha sido impuesta y por tanto su deber de observarla y el riesgo de cometer un delito de quebrantamiento si no la observa, el que esté claramente establecido a qué es a lo que se le condena.

En primer lugar es un requisito imprescindible para que pueda estimarse la comisión de un delito de quebrantamiento de condena el que el condenado conozca a lo que ha sido condenado y las características concretas y el alcance de las obligaciones de no hacer cuando éstas son a las que se le ha condenado. Así consideramos que es imprescindible el que en la sentencia en concreto en que se le imponga una obligación de no hacer a un condenado aparezca claramente definido en qué consiste ese no hacer. Puede caber la duda de si a pesar de no haber establecido con claridad la sentencia una condena de no hacer cuando se trate de las de la prohibición, de la aproximación o de la comunicación con la víctima pueda ser suplida esa falta de clara concreción de lo que se prohíbe por el propio contenido previsto en el artículo 48 del Código Penal que acabamos de analizar.

En líneas generales estimamos que una persona condenada a no aproximarse a su víctima (aunque la sentencia no haya desarrollado con absoluta claridad el marco de la prohibición), ha quedado claramente obligada a no realizar ninguna conducta de las que expresamente están prohibidas para la pena de no aproximación del artículo 48 del Código Penal.

Sin embargo esto que es la norma general de conocimiento que puede exigírsele a un adulto imputable genera dudas respecto a la obligatoriedad de esa prohibición en dos tipos de situaciones. En primer lugar, el contenido obligacional de la pena de prohibición de aproximación a la víctima puede quedar cuestionado por la propia actitud de la víctima.

Así, en Sentencia de 26 de septiembre de 2005 el Tribunal Supremo consideró que no podía condenarse a quien fue condenado a la medida de no aproximarse a su víctima cuando su propia víctima quiso reanudar la convivencia con el condenado.

La actitud de la víctima protegida que por su propia decisión comparte y colabora en el incumplimiento de la prohibición de aproximación del condenado ha dado lugar a un importante número

de reflexiones jurídicas que deberán resumirse en orientaciones jurisprudenciales, pero que hasta ahora, aunque con inseguridad establecen un límite claro a esa prohibición de aproximación de la víctima. De ahí que podamos decir que aunque exista una condena clara de prohibición de aproximación a una víctima, cuando ésta provoca su quebrantamiento, pues promueve o acepta la aproximación del condenado, puede cuestionar su obligatoriedad.

Pero además de este límite existe otro claramente objetivo en la condena de prohibición de aproximación a la víctima cuando en alguna forma o bien por la confusión de la redacción de la condena o por la coincidencia de la condena con otras condenas de la misma jurisdicción o de la jurisdicción de familia (que sabemos que son frecuentes porque sociológicamente coinciden en un gran número de casos con las sentencias de los tribunales penales) la propia pena de no aproximación se contradice o cuestiona. Circunstancias estas que resultan mucho más trascendentes cuando la persona que resulta obligada a cumplir la pena de aproximación padece una importante limitación de su capacidad mental como es el caso de estos autos.

Pues bien, volviendo al caso concreto en el que nos encontramos, Domingo desde que sufrió el desgraciado accidente tiene una limitación en su capacidad de conocimiento que ha diagnosticado la señora psicóloga forense. Esta incapacidad de conocimiento además quedó acreditada en el acto del Juicio Oral por la propia manifestación de su ex esposa Rosa. La misma, con espontaneidad nos dijo (tal y como hemos podido contemplar en la correspondiente grabación) que no sabe qué fue lo que pudo entender Domingo. Con este punto de partida nos encontramos con que en primer lugar la sentencia dictada por el correspondiente Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Madrid y que aparece incorporada en estos autos en los números de folio 16, 17 y 18 solamente condena a Domingo «a la prohibición de aproximarse a Rosa, no a la de comunicarse con ella, (a la que se refirieron algunas preguntas del Ministerio Fiscal) describiendo la de prohibición de aproximarse a su domicilio y lugar de trabajo y cualquier otro que frecuente en un radio de 500 metros por tiempo de dos años».

No nos consta, por el contrario, cuáles hayan podido ser las medidas provisionales que se acordaron por el correspondiente Juzgado de Familia que tramitó el proceso de separación de este matrimonio, ni cómo por el correspondiente juzgado se permitió el que Domingo pudiera ver a sus dos hijos. Quedó probado, por el contrario, en el acto del Juicio Oral, sin ninguna duda, que ambos, Domingo y Rosa estaban conformes en que

éste acudiera a recoger a sus hijos al portal del que había sido el domicilio del matrimonio y que ahora era el de Rosa, manteniendo ésta una cierta tolerancia, quizás debido a la situación psicológica de Domingo para que él pudiera ver a sus hijos, no sólo en las fechas en las que parece que estaba establecido por el Juzgado de Familia (insistimos nada se ha probado respecto a ello), sino en cualquier ocasión.

Con estos presupuestos fácticos no podemos asegurar, ni mucho menos, que Domingo conociera debidamente si la obligación que le había impuesto el Juzgado de Violencia sobre La Mujer núm. 4 de Madrid comprendía el que él no pudiera ir a buscar a sus hijos al portal del domicilio conyugal. La sentencia de la instancia en su fundamento jurídico segundo hace un análisis detallado de las declaraciones de los distintos intervinientes en el acto del juicio oral. Sin embargo, no sabemos bien por qué, no valora lo que nosotros hemos podido observar directamente en la grabación audiovisual del acta del juicio oral. Ni Rosa ni los propios agentes de la Policía Nacional cuestionaron el que el motivo por el que Domingo acudió al portal del domicilio de Rosa fue por sus hijos. Ciertamente es que existe una cierta confusión respecto a la propia declaración de Domingo que dice que fue a devolver a su hijo y no a recogerle como sin embargo manifiestan los agentes de la Policía Nacional. Es cierto también que Rosa negó, que ese día en concreto, Domingo fuera a recoger a sus hijos, aunque como ya hemos dicho más arriba, admitió específicamente que la forma de recoger a los hijos era en el portal del domicilio y que Domingo no respetaba lo que parece eran los días establecidos por el Juzgado de Familia para el derecho de visita de los mismos.

Tenemos también que tener en cuenta para valorar la capacidad de comprensión de la obligación de no aproximarse que se le había establecido por condena a Domingo, que el día en el

que sucedieron los hechos él acudió por sí mismo a la Comisaría de Policía con la pretensión de denunciar el que su cuñado pudiera instalarse en su domicilio.

En opinión de esta Sala es necesario valorar cuidadosamente en este tipo de procedimientos y sobre todo cuando se trata de personas con evidentes problemas mentales que (como bien ha razonado el magistrado de la instancia caso de que Domingo hubiera cometido un delito, sus problemas mentales hubieran atenuado su responsabilidad penal), no es tan fácil comprender por qué un juez de una jurisdicción da una resolución y otro de otra jurisdicción da otra. Así como la obligación de admitir (para juristas y abogados es claro, pero no para quien no es experto en derecho) que si se le concede el derecho del domicilio a un cónyuge éste puede decidir quiénes lo comparten.

Por estas razones consideramos que ese requisito imprescindible que se viene exigiendo por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y que oportunamente cita la sentencia de la instancia, «la consciencia de la prohibición impuesta», no se ha producido en este caso concreto, por lo que procede la estimación del recurso y la absolución del acusado.

Enviaremos copia de esta sentencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Madrid, para que a la vista de la misma y de las resoluciones que se hayan podido dictar en los Juzgados de Familia, así como la actitud que mantenga respecto a dichas resoluciones la ex esposa Rosa, lleve a cabo, si lo considera conveniente, las aclaraciones complementarias necesarias para que Domingo sepa exactamente qué es lo que puede y lo que no puede hacer en relación con su ex esposa y las visitas a sus hijos.

GUARDA Y CUSTODIA

Se acuerda la custodia compartida permaneciendo la menor en el domicilio familiar y alternándose los padres mensualmente en su custodia, evitándose de esta manera que la hija sea sometida a continuos cambios de domicilio, garantizándose además la continuidad de la niña en su ambiente cotidiano.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 20 DE PALMA DE MALLORCA, AUTO DE 25 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Julio Álvarez Merino

La cuestión capital objeto de debate en esta pieza separada reside en la guarda y custodia de La hija menor Yurena, nacida el día 18 de noviembre de 2001, que ambos cónyuges reclaman para sí. Actualmente, la menor reside con su padre, pues ambos abandonaron el domicilio familiar en el mes de julio o agosto pasados. Ocurre que dicha guarda y custodia de la menor asumida *de facto* por el padre no ha contado con la anuencia de la madre, y carece de cualquier respaldo judicial.

Así las cosas, esta cuestión en disputa (de persistir) lógicamente deberá ser resuelta en sede de juicio principal tras escuchar el dictamen de los especialistas forenses en la materia, dictamen que resulta imposible de adquirir en el breve plazo establecido para el período probatorio de esta pieza incidental. Por consecuencia, la medida provisional que ahora procede es la de la guarda y custodia alternativa de la niña por cada uno de los progenitores, por meses naturales; de modo que ninguno de los consortes pierda por ahora el contacto cotidiano con la menor.

Lo anterior determina que el uso de la vivienda familiar sita en CALLEooo número NÚMooo, de Palma de Mallorca, sea asignado a la hija y al cónyuge custodio, debiendo el padre y la madre abandonar el citado domicilio a las 22 horas del último día cada mes, una vez finalizó la mensualidad en la que cada uno de ellos ejerció la guarda y custodia

de la menor. De esta manera se evita que la hija sea sometida a continuos cambios de domicilio, y se garantiza la continuidad de la niña en su ambiente cotidiano.

En materia de derecho de visitas, el cónyuge no custodio disfrutará de la compañía de la hija una vez por semana, los domingos entre las 11 y las 20 horas.

Respecto a los alimentos de la hija menor, cada progenitor cubrirá las necesidades de la hija durante los días en que desempeñe su guarda y custodia, así como durante las estancias producidas en cumplimiento del régimen de visitas.

Además, procede hacer otros pronunciamientos adicionales en orden a las cargas del matrimonio y de conformidad con lo planteado por las partes, cuales son:

Primero, ambos esposos satisfarán por mitades la cuota mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal, así como las cuotas de comunidad, tributos y consumos contratados para la vivienda.

Segundo, los gastos extraordinarios ocasionados por la hija deben ser sufragados por mitades por ambos progenitores, incluyendo en tal concepto los de naturaleza sanitaria no cubiertos por la seguridad social o seguro privado y los de naturaleza escolar y extraescolar relacionados con la formación de la menor.

GUARDA Y CUSTODIA

Acreditada que la voluntad del hijo de no relacionarse con su padre ha sido dirigida y manipulada por la madre, se acuerda el cambio de custodia, si bien, dada la animadversión que tiene el menor frente al padre, se acuerda que transitoriamente el menor se traslade a convivir con la abuela paterna.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 14 DE BILBAO, SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Aner Uriarte Codón

En el presente procedimiento por la parte actora se solicita la suspensión de las visitas acordadas mediante sentencia de modificación de medidas dictada el 17 de diciembre de 2004 (confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictada el 9 de enero de 2006), hasta que el menor decida volver a tener contacto con su padre, o los profesionales que lo tratan consideren oportuno para el bienestar emocional de éste, la celebración de las visitas.

La parte demandada se opuso a lo peticionado de contrario, solicitando la atribución al demandado de la guarda y custodia concedida a la madre (desde la sentencia de separación), fijando un régimen de visitas a favor de aquélla, así como una obligación de pago de alimentos en función de los ingresos de aquélla. En la vista se matizó la petición de parte, solicitando una fase provisional de estancia del menor con algún miembro de la familia paterna, con carácter previo a que aquél acabe residiendo con su padre.

Por último, el Ministerio Fiscal se pronunció a favor del cambio de custodia, del padre a la madre, solicitando que también se articule un período provisional.

Las partes se encuentran separadas por sentencia de fecha 7 de febrero de 1997, en la cual se atribuyó la custodia del menor a la madre, hoy demandante, y se fijaron visitas a favor del padre; ratificando tales extremos la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de fecha 11 de mayo de 1998. Las visitas se suspendieron mediante auto dictado el 14 de abril de 1998; dictándose posteriormente sentencia de divorcio en fecha 9 de abril de 2001, en la que se acordaba mantener la suspensión de visitas; extremo que fue ratificado mediante sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia el 9 de noviembre de 2005. Por último, mediante la referida sentencia de modificación de medidas definitivas de fecha 17 de diciembre de 2004, se recuperaron las visitas, fijándose las mismas de manera gradual; lo que fue, asimismo, confirmado por sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictada el 9 de enero de 2006.

Con carácter previo al inicio de la amplia prueba practicada, debe señalarse que por este Juzgador ya se fijó al inicio de la vista el objeto del procedimiento. El mismo consiste en valorar si los hechos acaecidos desde la resolución que se trata de modificar hasta la actualidad pueden dar pie a las modificaciones solicitadas por cada parte; sin que por razón de cosa juzgada puedan valorarse de nuevo (en una suerte de nueva instancia) los hechos anteriores a la referida Sentencia de 17 de diciembre de 2004.

Asimismo, y en esa misma línea, la exigencia de cosa juzgada debe extenderse a considerar, a partir de la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictada el 30 de enero de 2002 (sentencia que revoca la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao, de fecha 16 de marzo de 2001), que no existieron los abusos sexuales a los que la parte actora hace referencia en sus alegaciones. Es decir, independientemente de que se haya tratado de valorar la importancia de una condena penal en primera instancia y el argumento para su posterior revocación, a través del instituto antes citado, y por elemental principio de seguridad jurídica, debe partirse de la base que los abusos sexuales no tuvieron lugar; y asimismo (y en virtud del mismo argumento, relacionado con la sentencia civil) que el padre tenía derecho a relacionarse con su hijo en diciembre de 2004, puesto que una sentencia de este mismo Juzgado acuerda, tras valorar la prueba practicada en tal resolución judicial, que el padre era idóneo para visitar a su hijo.

Partiendo de esas dos premisas, inexistencia de los abusos sexuales y conveniencia de la reanudación de visitas a fecha 17 de diciembre de 2004, es un hecho indiscutido que desde esa fecha hasta la actualidad, el régimen de visitas gradual minuciosamente fijado en tal resolución, ha resultado un completo fracaso. Las visitas, en su modalidad inicial de media hora cada quince días en el punto de encuentro, sólo tuvieron lugar en tres ocasiones, asistiendo el padre en numerosas ocasiones sin que su hijo apareciera, y desistiendo finalmente el

mismo de continuar con las visitas, tras acudir al punto de encuentro en octubre de 2006 y comunicar su intención al respecto. Asimismo, de la prueba practicada, resulta meridiano que el hijo presenta en la actualidad un rechazo absoluto hacia el demandado, a partir de una creencia de perjuicio y daño hacia él, exigiendo una reparación del daño, y manifestando su voluntad de no querer estar con él de ninguna manera posible. Así se pone de manifiesto en la audiencia del menor practicada y en el informe pericial del equipo psicosocial de fecha 12 de julio de 2007.

Analicemos, de esta forma, los motivos de tal fracaso que, desgraciadamente ha convertido en papel mojado lo determinado en una sentencia (ratificada íntegramente en segunda instancia) en la cual se trató de solucionar, de la mejor manera posible y a través del correspondiente proceso judicial, el conflicto planteado por el profundo desacuerdo de los progenitores del menor. La parte actora sostiene al respecto, que la causa radica en un rechazo total del propio hacia su padre, cuyo contacto (o perspectiva de contacto) le produce un retroceso en su terapia; sosteniendo, a partir del posterior desistimiento del demandado de cara a continuar con las visitas, la necesidad de suspender las mismas. Sin embargo, de la amplia prueba practicada se desprende una anormalidad en el referido comportamiento del menor, que lleva a entender que su voluntad, a la hora de relacionarse con su padre, ha sido dirigida y manipulada por el progenitor custodio, esto es, su madre. A esta conclusión se llega a partir de los siguientes elementos de prueba:

Así, en primer lugar, ya en el informe pericial elaborado por la psicóloga doña ... (recordemos, perito imparcial designado judicialmente), en fecha 12 de julio de 2007, y sobre el cual se ratificó en el acto de la vista, se constata una actitud poco colaboradora de la señora y un intento de intervención en la metodología de la prueba con un perito de parte, que tuvo que ser rechazado por la propia profesional. Asimismo, se aprecia en el menor un pensamiento inflexible respecto a su padre, con un razonamiento moral pre convencional sin llegar a considerar ambigüedades, y buscando el castigo retributivo de su padre, lo que le lleva a concluir que su situación psicológica es inducida, o cuanto menos, reforzada. En la vista aclaró que ese pensamiento de propio de niños de 7 u 8 años (se encuentra próximo a cumplir 14 años), muestra una inmadurez a partir de esa inflexibilidad y la ausencia de alternativa posible observada, considerando muy probable que su discurso haya sido reforzado, y apreciando una simbiosis entre madre e hijo, quienes se refuerzan mutuamente sus ideas. Extremos que también

se pudieron apreciar de manera indiciaria en la exploración practicada al menor en fecha 19 de julio de 2007, en el que por este Juzgador se apreció una insistencia del menor en relatar lo que su padre le hizo, describiendo conductas ciertamente desagradables de carácter coprofágico no recogidas, ni siquiera, en los hechos probados de la sentencia penal condenatoria en primera instancia (resolución de fecha 16 de marzo de 2001 aportada como documento núm. 1 de la contestación a la demanda reconvencional); así como describiendo un episodio violento (tampoco recogido en sentencia alguna) en el que el demandado le amenazó con arrojarlo por la ventana.

En segundo lugar, en su interrogatorio, doña ... manifestó que las visitas no se celebraron porque ... no quiso acudir a las mismas, que ella le animó pero que no podía obligarle a ir pues su hijo es alto y tiene más fuerza, que ella no avisaba al punto de encuentro, y que tampoco sabía si su hijo lo hacía (si bien posteriormente supo que era el propio ... quien había llamado en ocasiones para avisar que la visita no tendría lugar). Resulta significativo, en este punto, que una progenitora custodia delegue (al parecer, en contra de su propia voluntad) la decisión de celebración de unas visitas decididas judicialmente, en su hijo, el cual (no se olvide), contaría a finales de 2004 con 11 años recién cumplidos; y que no se apercibiera de que ese menor llamaba habitualmente al punto de encuentro para comunicar su inasistencia. Actitud que, por otra parte, no se corresponde a la legítima línea de actuación judicial llevada a cabo por la propia actora, quien se opuso al restablecimiento de las visitas en el procedimiento de modificación de medidas definitivas núm. 1577/02, sin llegar a comparecer finalmente a la vista; interpuso, tras dictarse en dichos autos la sentencia que hoy se intenta alterar, una demanda de medidas cautelares ante la Audiencia Provincial de Bizkaia dirigida a suspender provisionalmente esas visitas, finalmente desestimadas (mediante auto del mismo órgano judicial dictado el 9 de noviembre de 2005, acompañado como documento núm. 5 de la contestación); entabló recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Bizkaia; e inició el presente procedimiento con objeto de suspender de nuevo las visitas. Es evidente que, o la señora ... miente cuando dice que animó a su hijo a visitar a su padre, o muestra una dejadez considerable en sus obligaciones como custodia, al haber permitido que un niño de 11 años (edad que tenía entonces) decida por sí solo no relacionarse con aquél, incumpléndose, en consecuencia, una resolución judicial dictada para intentar proteger el mayor interés del menor. En todo caso, resulta muy poco convincente la alegación de que no puede obligar a su hijo a hacer lo que éste no quiere, a

causa de su altura y fuerza física; argumento que, de ser cierto, llevaría al menor a hacer lo que le venga en gana en su casa, sin ninguna posibilidad de corrección.

En tercer lugar, resultó significativa la declaración en la vista de doña..., mediadora del punto de encuentro, quien afirmó que era el niño quien llamaba para avisar que no acudiría a las visitas, y que pudo mantener con él una entrevista, apreciando un discurso en relación a su padre, que calificó como aprendido, estereotipado y «adultizado». Sobre este extremo, resultó realmente sorprendente que doña ... reconociera en el documento núm. 4 de la demanda, exhibido en la vista, una transcripción de la entrevista mantenida con ... el 5 de octubre de 2006 (como tal lo presenta la parte actora); y no se pudiera explicar la razón de que estuviera minuciosamente transcrita. Interrogada al respecto, manifiesta que dichas entrevistas no se graban, tomando simplemente unas notas a efectos internos para poder seguir el caso en el futuro. En consecuencia, si la entrevista no fue grabada ni transcrita por la mediadora, y la misma tuvo lugar entre la señora ... y cabe deducir que una transcripción de ocho páginas que refleja la charla sólo ha podido ser grabada por el propio menor, sin que la referida profesional se apercibiera de tal acción. Al respecto, se antoja sumamente complicado que un elaborado y trabajado plan de visitas pueda tener alguna mínima posibilidad de lograr algún resultado, si un niño de 12 años acude a entrevistarse con una profesional mediadora del punto de encuentro con un aparato de grabación de sonido escondido, que logra poner en funcionamiento sin que nadie se dé cuenta.

En cuarto lugar, debemos reparar en la prueba pericial privada que la parte demandada ha tratado, sin éxito, de llevar a cabo en los presentes autos. No debe olvidarse que el señor ... solicita como cuestión principal la modificación de la guarda y custodia de su hijo, en base a la manipulación que, sostiene, su ex mujer hace de su hijo, en relación a su persona. De esta forma, la demanda reconvenicional se fundamenta en lo que la parte denomina «alienación parental», para lo cual intenta practicar una prueba pericial privada por el psicólogo don ..., al parecer especialista en la materia (se aporta con dicha demanda un artículo suyo sobre tal cuestión). Asimismo, debiéndose practicar la prueba con el menor, quien se encuentra fuera del ámbito de disposición de la parte demandada, se solicita la oportuna autorización judicial para acceder al mismo. La prueba, como no pudo ser de otra manera, se admitió con objeto de no causar indefensión a la parte, otorgando por ser procedente procesalmente, la autorización interesada, e intentando que la práctica causara el menor perjuicio al menor (tanto

en el tiempo, se preguntó a la parte demandada mediante providencia sobre el momento temporal más adecuado para ...; como en el espacio, buscando un lugar neutro para el mismo, como era o es la sala multiusos del órgano judicial).

Pues bien, desde la admisión de la prueba, a partir de la providencia de fecha 5 de junio de 2006, en la que se da traslado a la propia parte demandante para que informe sobre la disponibilidad del menor para la práctica de aquélla, la actitud de dicha parte no ha podido ser más obstruccionista al respecto. Así, dicho requerimiento nunca fue cumplimentado por la parte actora, quien además se opuso a la suspensión de la vista inicialmente convocada por estimar improcedente la prueba, al considerarla perjudicial para ... y al ser el perito de parte. Cuando la cuestión fue aclarada mediante providencia de fecha 20 de julio de 2007, se interpuso recurso de reposición con el argumento de que la prueba se había denegado indirectamente al haberse admitido la pericial judicial (solicitada por la parte demandada de manera subsidiaria); el cual fue desestimado al entender que la prueba no se había denegado, siendo necesario para ello, en virtud del artículo 206 LEC, una resolución con forma de auto. Asimismo, el 21 de septiembre de 2007 (seis días antes de la práctica de la prueba) se presenta un escrito en el cual la parte actora solicita que el perito de parte informe previamente sobre el objeto de su pericia, y que, además, se recabe el consentimiento del menor para someterse a la misma; acompañando un desafortunado otrosí en el que, con un probable ánimo intimidatorio, se informa sin motivo aparente de que el escrito en cuestión es enviado a la Fiscalía General del Estado, Defensor del Pueblo y Defensor del Menor. A su vez, el día de la prueba, 27 de septiembre, se presenta directamente (prescindiendo del conducto del señor Procurador) un informe médico correcto en el cual se hace constar una indisposición repentina de ... que impide su presencia, sin que el aviso llegue con la antelación suficiente para que el perito de parte evite un traslado baldío a la sede judicial. En este mismo sentido, por el psiquiatra ..., perito de la parte actora, se envía (de nuevo, prescindiendo de la vía del procurador) a los autos de modificación de medidas con núm. 1577/2002 el 3 de octubre (documento que se aportó a autos por la parte actora en la vista) un informe en el que se comunica una impresión diagnóstica sobre la referida indisposición repentina de ..., pautada como gastroenteritis aguda, considerando que pudiera ser una reacción psicósomática de descontrol intestinal con vómitos y diarreas mediada por el miedo que siente al sufrir la situación de enfrentarse al procedimiento judicial; concluyendo que el forzamiento constante del menor en el proceso interminable resulta tremen-

damente dañino para él, y recomendando que el menor sea escuchado y atendido en sus peticiones subjetivas más allá de toda consideración de todo tipo. Y finalmente, cuando se deniegan las medidas solicitadas y se vuelve a fijar nueva fecha para el reconocimiento, ... acude al Juzgado, sin aparente quebranto, y se niega a responder a las preguntas que le hace el perito; impidiendo de forma definitiva la práctica de la prueba acordada judicialmente.

De esta forma, la consideración probatoria de todo lo descrito debe ser diametralmente opuesta a la valoración que pretende la parte demandante, cuando pone de manifiesto la vaguedad de la impresión personal del perito señor ... (en el sentido de la existencia de lo que califica como alienación parental en grado severo), sin poder apoyarse en una prueba no practicada. Así, no se encuentra explicación plausible al hecho de que ... haya acudido a la cita del equipo psicosocial y al examen judicial sin problemas, que este Juzgador haya mantenido con él una entrevista cordial sin apreciar ningún tipo de anormalidad; y que una tercera prueba pericial a practicar en el mismo lugar que la exploración judicial, genere indisposiciones repentinas y tensiones de difícil superación, que hagan imposible el mantenimiento de una simple entrevista. En consecuencia, esa contradicción que la parte actora no explica ni justifica, unida a las actuaciones llevadas a cabo por la misma (y minuciosamente descritas), lleva a concluir que ha sido la propia parte quien, tras agotar los recursos para impedir la práctica de la prueba, ha influido en ... para que no conteste a ninguna pregunta. Si acudimos a las reglas de la carga probatoria, previstas en el artículo 217 LEC, y, en concreto al criterio de disponibilidad probatoria contenida en su apartado sexto, debe entenderse que la falta de prueba es imputable a la parte que deliberadamente ha impedido su práctica, y considerar que existe, cuanto menos, una considerable manipulación del menor en las ideas y valoraciones que tiene de su padre.

Sobre la cuestión, también se practicaron pruebas periciales de la parte actora. Así, y en primer lugar, junto con el escrito de demanda se presentó, como documento núm. 3, un informe de la doctora de fecha 14 de julio de 2005, en el que se concluye que ... encuentra dificultad para adaptarse a la vida, que tiene una visión desajustada de sí mismo y de la realidad, que le lleva a echar o cargar sobre sí la tensión vivida. Se hace constar que tiene sentimientos de tristeza, pena, angustia, vergüenza, autocompasión y desdicha, con tendencia a sentir molestias y dificultades corporales como consecuencia de la tensión psíquica vivida. Asimismo, tiene dificultades para conservar sus amistades en las relaciones sociales, muestra insatisfacción en cuanto a la relación de los padres entre sí, per-

cibiendo el estilo educativo paterno como muy inadecuado y una gran diferencia en cuanto a las formas de educar de sus padres, vivenciando como más ajustada la materna. Al informe se unieron dos dibujos, en uno de los cuales el niño dibuja a su padre diciendo «..., cuánto te quiero», pensando «qué malo soy», y una tercera persona diciendo «qué mala persona»; y escribiendo debajo «es el cabrón e hijo puta de mi padre, que no me gastado de energía en dibujar a este monstruo».

En segundo lugar, junto en el documento núm. 6 se incluye un informe de la psicóloga ..., de fecha 8 de febrero de 2007, en el que enumera las dificultades que aprecia en ...: recuerdos o *flash back* de las escenas de abuso que ha sufrido, dificultades para conciliar el sueño, estado de alerta constante derivado de la situación de peligro que percibe del exterior, sentimiento de indefensión o inseguridad ante la hostilidad que percibe del exterior, dificultades a la hora de manejar la ira o el enfado, dificultades a la hora de establecer relaciones con sus iguales, y temor al restablecimiento de las visitas con su padre en el punto de encuentro. Por todo ello, considera inadecuado que acuda a esas visitas, dado que es el propio menor quien se niega con fuerza y rotundidad, puesto que considera preocupante el estado de ansiedad y agitación que muestra en las sesiones sobre tal posibilidad, y porque se podría estar alimentando la sensación de indefensión que ... tiene hacia el sistema externo y la hostilidad que percibe del mismo. La referida profesional compareció en juicio, se ratificó en su informe, y señaló que no había apreciado manipulación en ..., puesto que su madre le dijo que ella no le hablaba del padre a partir de unas pautas que le habían dado, y puesto que el discurso del menor es coherente al respecto.

En tercer lugar, en el mismo documento antes señalado se incorpora también un informe del psiquiatra antes mencionado D también de fecha 8 de febrero de 2007, en el cual se constata una mejoría en la estabilidad psíquica y en la evolución del desarrollo psicofísico de ..., que la interrupción de las visitas ha supuesto un alivio considerable, si bien las denuncias que el padre interpone frente a la madre le siguen afectando necesariamente. Continúa señalando que éste sigue firmemente opuesto a cualquier iniciativa de reencuentro, considerando una forma reiterada de sadismo hacia él el intento continuo del padre de visitarle.

Por ello, se propone que el hoy demandado haga un gesto de cese de hostilidades a través de una carta o un silencio respetuoso, en el que se evidencie que la voluntad del menor no sea forzada, y que él y su madre no puedan temer nada de aquél. Por último, considera negativo el odio que ... siente hacia su padre, lo que debería trabajarse, puesto

que de lo contrario, ese rencor podría impregnar su personalidad, degenerando en el futuro en actitudes de gran agresividad hacia otras personas y hacia sí mismo. El citado perito fue interrogado en la vista, afirmando que es quien trata a ... en la actualidad, que éste se quedó aliviado cuando dejó de ir a ver a su padre, que el cese de las visitas le ha beneficiado, y que lo mejor era que se hiciera lo que el menor decía. Añadió que ... sufre mucho miedo, y recomendó que la relación padre e hijo debía enfriarse durante un tiempo hasta que el hijo se recuperara, pudiendo volver a trabajarla en el futuro.

De la valoración conjunta de toda la prueba expuesta se llega a la conclusión antes señalada, el menor tiene una visión radicalmente negativa de su padre y siente hacia él un profundo rechazo, a partir de una manipulación que ha sufrido de su entorno familiar, que debe focalizarse en su progenitor custodio, su madre. Partimos para ello de dos premisas: la primera, que las visitas entre padre e hijo debían reanudarse en noviembre de 2004 por ser beneficiosas para el menor (como efecto de cosa juzgada de la sentencia que hoy se intenta modificar). La segunda, los claros pronunciamientos efectuados por la perito de designación judicial (la voluntad del menor está reforzada, a partir de la inflexibilidad y ausencia de alternativa que plantea en su discurso sobre su padre), y la mediadora del punto de encuentro (discurso del menor aprendido, estereotipado y «adultizado»); personas ambas que no tienen ningún tipo de relación con las partes. Si relacionamos ese escenario inicial y estas opiniones independientes con la insistencia del menor en relatar en su exploración conductas cualitativamente más graves de las recogidas en la sentencia en que se condenó al demandado (incluyendo episodios violentos), con la actitud que ha mantenido el mismo desde la sentencia que recuperó las visitas (negándose a ir a las visitas, llamando él mismo al punto de encuentro para avisar de su inasistencia, y grabando de forma clandestina su entrevista con un profesional del centro), con la ausencia de una mínima reconducción o corrección de su conducta por parte de su madre custodiana; y añadiendo a todo ello la consecuencia probatoria, antes reseñada, de la constancia de que la parte actora ha impedido deliberadamente la práctica de la prueba pericial de la contraparte, no puede obtenerse otra valoración final que la anteriormente descrita.

Frente a ello, la parte demandante tan sólo opone dos pruebas periciales insuficientes. Por un lado, la psicóloga doña ..., al ser interrogada sobre esa eventual manipulación del menor, responde vagamente que no cree que exista, puesto que, en primer lugar, la madre le ha dicho que no lo hace porque así se lo han pautado (argumento realmente

peregrino), y porque entiende que el discurso de ... es coherente, sin especificar las razones al respecto. Por otro lado, el psiquiatra don ..., en un discurso ciertamente brillante, concluye (y así se desprende de sus informes), que debe hacerse caso al menor, y que su voluntad no debe ser forzada, proponiendo una intervención futura, tras un paréntesis indeterminado hasta que la situación se tranquilice. Si bien esta opinión profesional debe ponerse en duda atendiendo a la ausencia de una mínima crítica a la voluntad de un menor de 13 años (es evidente que la opinión de todo menor debe tenerse en cuenta, pero nunca vincular de forma absoluta, al respecto existe una consolidada doctrina jurisprudencial), puesto que parte (al igual que la anterior perito (*sic*) de la veracidad de unos abusos sexuales respecto a los cuales, recordemos, recayó una sentencia definitiva de absolución, y dado que el señor ... cuando envía directamente una comunicación a este Juzgador ofreciendo una opinión profesional sobre la inasistencia de ... a la práctica de la prueba pericial (en la que se recomienda, de nuevo, no forzar su voluntad), no menciona, ni repara en que éste ha acudido con normalidad a la práctica de otras dos pruebas. Se incurre con ello en una contradicción, y se genera una duda con la recomendación del perito en relación con el no forzamiento de la voluntad del menor, intuyéndose que, en realidad, podemos encontrarnos ante una voluntad selectiva (o probablemente inducida) dependiendo del origen de la prueba a la que debe enfrentarse, de la cual el profesional no se ha apercibido.

Determinado lo cual, debe elegirse por alguna de las opciones determinadas por las peticiones de las partes: la suspensión de las visitas, el mantenimiento de las mismas, o el cambio de custodia (con la subsiguiente determinación de las nuevas medidas correlativas a esa modificación).

De las tres opciones, con meridiana claridad debe descartarse la primera, la suspensión de las visitas. Así, habiéndose constatado que la voluntad del menor ha sido influenciada e inducida para oponerse a unas visitas especialmente pensadas para intentar recuperar la relación paterno-filial, que en más de dos años y medio sólo se han celebrado tres sesiones (recuérdese sobre la cuestión, que la mediadora del punto de encuentro, señora ..., manifiesta que era positivo que entre padre e hijo se iniciara una comunicación, independientemente de que estuviera presidida inicialmente por un marcado carácter de reproche), resulta evidente que el fracaso de un sistema provocado intencionalmente no puede favorecer a la parte infractora. Se argumenta al respecto que ha sido el propio padre quien desistió de continuar con las visitas en octubre de 2006 (extremo reconocido por este último), si bien dicha actitud resulta comprensible derivada

de un lógico hartazgo, atendiendo al hecho de que en 23 meses (lo que va desde la fecha de la sentencia hasta ese momento) sólo ha podido ver a su hijo en tres ocasiones, cuando se le habían reconocido unas visitas de, cuanto menos, un contacto con periodicidad quincenal. Si a ello le añadimos un artículo publicado el 23 de abril de 2007 en el diario *El Mundo* de tirada nacional (documento núm. 2 de la contestación) que se centra en su condena inicial por abuso sexual, pasando de puntillas por su definitiva absolución, con la consiguiente desazón que tal repercusión pública puede generar, es de todo punto entendible tal decisión, y desde luego, procede descartarse como argumento para suspender las visitas. En todo caso, no puede pasarse por alto un desacertadísimo comentario hecho por la parte actora en sus conclusiones, cuando se sorprende irónicamente de que la contraparte haya relacionado el citado artículo periodístico con este caso, se señala literalmente «que, por cierto, sin poner nombres ni nada, él llegó a la conclusión de que se trataba de su tema». La cuestión no fue reprendida por este Juzgador al no haber analizado el documento en profundidad hasta un momento posterior a la vista, si bien resulta obligado hacer este comentario como advertencia de que no se tolerarán en este procedimiento u otros que se pudieran generar, manifestaciones ciertamente hirientes de sorpresa fingida como la realizada. Así, en el artículo se menciona al menor como ..., se habla de una condena dictada en 2001 por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Bilbao por abusos sexuales que tuvieron lugar en 1997, posteriormente absueltos por la Audiencia Provincial en 2002, se menciona una sentencia que fija visitas entre hijo o padre dictada en este juzgado, se citan documentos concretos, y por último, se recoge expresamente el nombre y primer apellido de la señora letrada de la parte demandante. Realmente resulta difícil dar más datos, sin ofrecer identidades concretas, que disipen cualquier tipo de duda sobre el caso que se recoge en el citado rotativo.

La claridad en el descarte de la primera opción se torna en extremadamente dudosa a la hora de elegir entre una de las otras, como forma de solucionar el importantísimo conflicto aquí planteado. Es evidente que ... está viviendo una situación claramente negativa que debe corregirse. Los propios profesionales que le han venido tratando constatan problemas de gran entidad. En primer lugar, el señor ... señala que el odio del niño hacia su padre podría impregnar su personalidad, degenerando en el futuro en actitudes de gran agresividad hacia otras personas y hacia sí mismo. En segundo lugar, la doctora ... constata en su informe de julio de 2005 dificultades para adaptarse a la vida, sentimientos de tristeza, pena, angustia, vergüenza, autocompa-

sión y desdicha, con tendencia a sentir molestias y dificultades corporales como consecuencia de la tensión psíquica vivida; dificultades para conservar sus amistades en las relaciones sociales, insatisfacción en cuanto a la relación de los padres entre sí, percibiendo el estilo educativo paterno como muy inadecuado y una gran diferencia en cuanto a las formas de educar de sus padres, vivenciando como más ajustada la materna. En tercer lugar la perito del equipo psicosocial, señora ..., aprecia una inmadurez a la hora de posicionarse sobre su padre, propia de niños de 7 u 8 años.

A estas impresiones profesionales deben añadirse dibujos como el adjuntado con el referido informe, la constante petición de reparación-castigo del padre que constata la perito del equipo psicosocial, su actitud consentida (o promovida) a la hora de negarse a visitar a su padre, e incluso llegar a grabar conversaciones de profesionales independientes a escondidas. Elementos todos ellos que conforman una situación realmente preocupante para el menor, quien vive bajo un gran temor a su padre, a los procesos judiciales o al sistema, tal y como expone el psiquiatra que le trata en la actualidad, y que, desde luego, no se encuentra en una situación normal para poder madurar como persona. En este punto, debe repararse en una impresión clave, a juicio de este Juzgador, que ofreció la perito doña ... en la vista, cuando al ser interrogada sobre el miedo que le ha podido transmitir el menor, señala una nueva perspectiva, como es que aquél podría deberse a una angustia que sufre ante la posibilidad (digamos, más o menos, racional) de que al final de todo este proceso, se pudiera tambalear la relación tan estrecha que tiene con su madre, y derrumbarse el mundo que se le ha construido alrededor.

En consecuencia, la situación debe ser modificada y superada de alguna forma, sin que se pueda pasar por alto el terrible escenario ante el que nos encontramos, y la necesidad de encontrar una salida al mismo. La disyuntiva que se traslada a este Juzgador es ciertamente complicada, probablemente una de las decisiones más difíciles de tomar con las que se ha encontrado (si no la más complicada hasta la fecha), puesto que ninguna de las opciones que se barajan se perfila como completamente adecuada. Si bien, como no puede ser de otra manera, a pesar de su dificultad, debe tomarse una decisión al respecto en el sentido más conveniente a los intereses del menor.

Así, se plantea la continuidad de las visitas, solución menos drástica (por cuanto que ... seguiría viviendo en el entorno al que está acostumbrado), conllevaría un forzamiento de su voluntad actual sólo limitado a visitar a su padre, que quizás pudiera irse relajando con una eventual regularidad de los contactos; si bien, contamos con la triste expe-

riencia de este período de dos años y medio, en el que las visitas han resultado un completo fracaso achacable, como ya se ha argumentado, principalmente a la actitud de la progenitora custodia. Frente a ello, se ofrece un cambio de custodia para eliminar esa influencia que mediatiza la voluntad del menor, pero conlleva un pronóstico de un fortísimo enfrentamiento y resistencia, cuanto menos inicial, del menor a la hora de cambiar su entorno familiar, y pasar a residir con su padre, frente al cual tiene una visión tan negativa como la ya contrastada.

La cuestión es considerablemente dudosa, si bien existen varios argumentos para optar por la segunda opción frente a la primera: la constancia a partir de las resoluciones anteriormente citadas, y dictadas con todas las garantías, de que los abusos sexuales no existieron y que en 2004 era conveniente para el menor recuperar el contacto con su padre; el fracaso de las visitas acordadas en las dos últimas resoluciones como consecuencia de la influencia y manipulación de la madre, que ofrece un pronóstico muy alto de que, en el caso de optar por el mantenimiento de la comunicación (además de tener que empezar de nuevo, desde el inicio), se volverán a frustrar las visitas; y el posicionamiento que a favor del cambio de custodia hace en el acto de la vista el Ministerio Público.

De esta forma, en primer lugar, y como se ha venido reiterando a lo largo de la presente resolución, debe respetarse la cosa juzgada de la sentencia absolutoria en el orden penal, de fecha de la Audiencia Provincial de Bizkaia 10 de enero de 2002, que revocó la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao, de fecha 16 de marzo de 2001; y de la sentencia de este mismo Juzgado de fecha 17 de diciembre de 2004, confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictada el 9 de enero de 2006. Así, por un lado, no puede compartirse uno de los argumentos principales esgrimidos por la parte actora en el sentido de que el señor ... fue condenado por abusos sexuales, quitando importancia a su absolución en base a una interpretación que se hace del argumento utilizado para ello. Ambas sentencias penales forman parte de un mismo título judicial, en el que la segunda resolución corrige a la primera, y la cambia o revoca, al ser dictada por un órgano judicial superior con competencia para ello. Interpretar algo distinto, entender que nos encontramos ante dos sentencias diferentes, dando más importancia a la de primera instancia y ninguneando la de apelación, no puede contemplarse desde un punto de vista jurídico. Al respecto, recuérdese el principio de la doble instancia, al que tiene derecho el justiciable, y el efecto devolutivo del recurso de apelación, por el cual la Audiencia Provincial recupera el conoci-

miento de un asunto, que cedió inicialmente, como órgano superior, al Juzgado de lo Penal.

Por otro lado y en este mismo sentido, debe respetarse la sentencia en la que se fijaron las visitas hoy en discusión, considerando de todo punto acertada la decisión de recuperar, en 2004, la relación paterno-filial a través de las visitas, por ser lo más beneficioso para el desarrollo del menor. Y cuando hablamos de la corrección de las visitas, no debe perderse de vista que el derecho de los hijos a las mismas, parte de lo dispuesto en el artículo 39.3 de la Constitución, el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y los artículos 94 y 160 del Código Civil, disposiciones que configuran las visitas como un derecho-deber que se instituye siempre a favor y en interés de la prole, de cara a respetar el derecho del niño que esté separado de uno de sus padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con aquél con quien no convive. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 1991 señala que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar, pertenecen a la esfera del Derecho Natural, siendo evidente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, y su manifestación (entre otras) del derecho de ambos de verse y mantener una relación estrecha, que supere la separación efectiva de sus progenitores. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de julio de 2002 considera las visitas como un factor de enriquecimiento para el menor, quien se encuentra en una fase trascendental de su vida, y no puede perder contacto con el progenitor que no tiene su custodia.

En segundo lugar, partiendo de las premisas sentadas, no se ha acreditado por la parte actora ninguna variación sustancial de las circunstancias, desde noviembre de 2004 hasta la actualidad, que determine la conveniencia de suspender las visitas. Las mismas apenas, se han celebrado en tres ocasiones, por lo que nada se dice, ni se puede decir, en relación con la actitud que haya podido mantener el demandado durante su escasa celebración. La única cuestión que se alega es la decisión de dejar de acudir al punto de encuentro, cuestión que, tal y como ya se ha argumentado, no puede tomarse en consideración en el sentido pretendido, toda vez que se entiende como una reacción lógica a la actividad desplegada por la parte actora, influyendo en el menor para no acudir a las visitas, 20 meses después de que éstas debían haberse iniciado. Al contrario, la manipulación de ... y la actitud opositora a lo determinado en resolución judicial, pone de manifiesto la certeza de que una eventual continuación con el régimen de visitas está destinada, de nuevo, al más absoluto fracaso. Probablemente,

en un escenario normal, en el que se obedecieran las resoluciones judiciales, y en el que, independientemente de cada consideración personal o de la actitud del hijo, se hubiera mostrado una mínima colaboración con el restablecimiento de las visitas, la opción de mantener las acordadas en sentencia sería lo más razonable. Habría posibilidades de recuperación de la relación entre ... y su padre, se habría iniciado ese contacto absolutamente roto (constatado por la mediadora del punto de encuentro en las tres sesiones iniciales), y, a la vez, se evitaría la opción traumática de tener que sacar al menor del entorno materno al que está acostumbrado. Pero esa certeza de nuevo fracaso hace inviable esta opción, que vendría a ser lo mismo, en la práctica, que la suspensión de las visitas instada por la parte actora, pero convirtiendo en papel mojado una sentencia, lo que, desgraciadamente, ya ha ocurrido anteriormente.

Por último y en tercer lugar, la balanza se decanta definitivamente con el apoyo a las tesis de la parte demandada por parte del Ministerio Público, órgano que interviene en el procedimiento en protección del derecho del menor, sin ningún otro interés que pueda interferir en tal objetivo. De esta manera, el cambio de custodia se aprecia como la mejor opción para cumplir el principio *favor filii*, y poner las bases para que se reinicie la relación entre padre e hijo. A la necesidad antes reseñada de que se recupere ese contacto roto, y a todo lo argumentado en la presente resolución, debe añadirse que la actitud de la madre a la hora de predisponer a su hijo contra su padre y boicotear el sistema de visitas debe calificarse como vulneración de uno de sus deberes de custodia. En este sentido, cuando se produce una ruptura entre los progenitores del menor, se distribuye entre éstos, de mutuo acuerdo o vía contenciosa, la custodia para uno de los padres y la visita para el otro (fuera de los casos de custodia compartida). Y, como ya se ha argumentado, las visitas tienen por objetivo esencial que se mantengan los lazos afectivos del menor con el progenitor no custodio. Es por ello por lo que el padre o madre que ostente la guarda debe garantizar ese contacto, o, cuanto menos, respetar lo que se decide por sentencia, cuando ambos progenitores no han logrado ponerse de acuerdo al respecto. Cuestión recogida por el legislador en el artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sanciona al progenitor que obstaculiza reiteradamente las visitas, con la posibilidad de perder la custodia, pero no en el mero sentido de castigar a éste por su conducta negativa, sino porque se ha puesto de manifiesto un defecto a la hora de desempeñar la guarda. Lo que unido a otros elementos de prueba (como es el caso que nos ocupa), y a la certeza de que esa visión tan negativa y errónea del menor

respecto a su padre no cambiará si no se le separa, siquiera temporalmente, de su madre, nos lleva a concluir que el cambio de custodia es la mejor solución, o probablemente la menos mala, para intentar superar la situación actual. En esta línea una jurisprudencia menor de la que son ejemplos la Sentencia la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 4.1) de 21 de julio de 2005, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 5.ª) de 29 de septiembre de 2005, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1.ª) de 17 de octubre de 2005, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª) de 15 de febrero de 2006.

Frente a ello, no se han objetivado elementos que descarten la posibilidad de que sea el demandado el custodio de su hijo. Como ya se ha reiterado hasta la saciedad, el fundamento de la postura mantenida por la parte actora en base a los abusos sexuales, no puede mantenerse a partir de la sentencia absolutoria (la cual, no debe olvidarse, fue respetada por la sentencia civil que fijó las visitas y su correspondiente apelación). Asimismo, se aporta como documento 2 de la contestación a la reconvencción una Sentencia de fecha 22 de septiembre de 1997 en la que se condena al demandado por dos faltas de lesiones cometidas contra la señora ... los días 3 y 7 de octubre de 1996; infracciones penales que no pueden suponer una causa de rechazo por cuanto que se cometieron hace casi once años, revistieron la entidad de faltas, no han sido acompañadas posteriormente de otros episodios violentos (que pudieran conformar un escenario de maltrato habitual), y no supusieron agresiones respecto al hijo.

Y dejando a un lado estos argumentos, nos encontramos con un padre que no ha visto a su hijo prácticamente en 10 años, que ha luchado tras resultar absuelto penalmente por recuperar la relación con su hijo, que ha flaqueado cuando, durante dos años, se incumplió la sentencia que le daba la razón y no pudo visitar a su hijo, y que en el último momento, cuando de contrario se intenta legalizar la situación de hecho creada a espaldas de lo declarado judicialmente (que le condenaría a no ver más a su hijo, salvo que éste pudiera, eventualmente, replantearse la situación con el paso de los años), solicita su guarda. Y ello, a sabiendas de que éste es el camino más difícil, y que recuperar esa relación con su hijo pasará indefectiblemente por numerosos momentos desagradables, en los que el señor... percibirá ese rechazo irracional que su hijo siente actualmente hacia él. Vaya esto como advertencia al demandado, de que con esta sentencia se abre la puerta de un camino para recuperar a su hijo, pero que ese camino lo debe andar él en el plano personal, y lograr que se restablezca la comunicación

primero, que se aclaren las cosas después, y que se alcance una situación normalizada para finalizar. Y todo esto, con la obligación que asume, como nuevo custodio, de colaborar en que la relación de ... con su madre no se rompa, sino, simplemente se corrija, puesto que tan importante es mantener el vínculo paterno como el materno, para su maduración como persona.

En consecuencia, procede llevar a cabo esta modificación traumática de la custodia, siendo este Juzgador consciente de la trascendencia de tal medida, de lo que ello supone, y de los inconvenientes que puede conllevar, puesto que la resistencia del menor será de gran intensidad en un momento inicial. Si bien, debe quedar bien claro que esta circunstancia ha sido largamente sopesada antes de tomar esta difícil decisión, considerándose que el rechazo absoluto del menor, elemento a priori negativo para conceder una guarda, es algo creado artificialmente por el entorno materno, que no puede (a pesar de su componente conflictivo) fundamentar la desestimación de esa medida. De nuevo, la infracción no puede beneficiar al infractor, al contrario, ese rechazo debe ser superado, objetivo que sólo se puede alcanzar a través de lo aquí acordado.

Si bien, para aliviar en la medida de lo posible este impacto inicial, debe atenderse a lo peticionado por la parte demandada y el Ministerio Fiscal, en el sentido de buscar un período provisional en la modificación de custodia. De esta manera, se considera que es positivo que antes de que ... pase a vivir con su padre directamente, se vaya introduciendo antes en el ámbito de su familia paterna, frente a quien también manifiesta rechazo, si bien, en buena lógica, en menor medida que la que siente hacia su padre. Se considera, por ello, prudente que en el momento en que la madre entregue a su hijo, éste resida durante un mes en el domicilio de su abuela paterna, donde podrá ser visitado por el demandado para empezar a reconstruir su relación, pasando a continuación a vivir con él.

De esta forma, dictándose esta sentencia en fecha 26 de octubre de 2007, se fija como criterio prudencial, la fecha de entrega para el próximo miércoles 31 de octubre de 2007 a las 18,00 horas, por la actora al demandado y a su abuela paterna con sus enseres personales, ropa y material necesario para acudir al colegio, realizándose la entrega en el punto de encuentro de Bilbao, en presencia de un profesional de dicho centro. ... vivirá un mes en la casa de su abuela paterna, y el 1 de diciembre pasará a vivir con su padre.

Asimismo, y como ya se ha dicho, procede mantener la relación con la madre y fijar unas visitas normalizadas. Si bien, en un principio, se considera adecuado que las visitas se limiten en el tiempo y se

supervisen, para garantizar que la manipulación del menor cese en ese delicado momento inicial. Por ello, se fijan unas visitas a partir del 31 de octubre de 2007 a celebrar todos los sábados de 11,00 horas a 14,00 horas en el punto de encuentro de Bilbao, en presencia de un profesional de dicho centro. Este período se mantendrá, durante 3 meses, hasta el 1 de febrero de 2008, con las excepciones de los días 24 y 25 de diciembre de 2007, días en los que la madre podrá tener al menor, fuera del punto de encuentro, desde las 12,00 horas del día 24 hasta las 20,00 horas del día 25; así como, en la misma medida, el período que va desde las 12,00 horas del 5 de enero de 2008 hasta las 20,00 horas del 6 de enero de 2008. Si las visitas se celebran sin informes negativos del punto de encuentro, y el menor es entregado en el plazo señalado, a partir del 1 de febrero de 2008 las visitas se normalizarán de la forma siguiente: y consistirán en fines de semana alternos con pernocta, que se iniciarán a las 20,00 horas del viernes hasta las 20,00 horas del domingo, así como los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20,00 horas. Los festivos y puentes se unirán al fin de semana más próximo. Asimismo, la madre podrá tener en su compañía a su hijo la mitad del período vacacional del menor de navidad, semana santa y verano, eligiendo el período los años pares, y haciéndolo el padre los años impares. En caso de que las visitas supervisadas tengan informes negativos en relación al comportamiento de la madre, las mismas se prorrogarán por períodos mensuales hasta que los informes dejen de ser negativos. Asimismo, si la entrega del menor se retrasara, independientemente de la responsabilidad en que se pudiera incurrir, el período de visitas supervisadas será de tres meses a contar desde la efectiva entrega, manteniéndose los dos períodos fuera del punto de encuentro previsto.

Por último, a partir del dato económico que fijó la actora en su interrogatorio, los 1.200 euros netos en catorce pagas que ingresa (y a pesar de hacer constar la desatención que la parte actora hizo del requerimiento para aportar documentación sobre los ingresos de la señora Llanos), se considera razonable fijar la cuantía de los alimentos que debe pagar en el porcentaje del 20,6, 240 euros al mes. De esta forma, la señora ... abonará, en concepto de pensión de alimentos de su hijo ..., la cantidad de 240 euros mensuales pagaderos por meses anticipados dentro de los primeros cinco días del mes en la cuenta que el padre designe, y actualizares anualmente (a partir de la fecha de la presente resolución) conforme a las variaciones que experimente el Índice General de Precios al Consumo o índice equivalente. Asimismo, los gastos extraordinarios de ... serán abonados por ambos progenitores al 50%.

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque la menor seguirá teniendo su domicilio legal en casa de la madre, se acuerda la custodia compartida pudiendo la hija, de 16 años, como lo hace actualmente, acudir indistintamente a comer y a dormir indistintamente a casa del padre o de la madre.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 17 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Núñez Bolaños

Respecto de las medidas que deben adoptarse por aplicación de lo dispuesto en los artículos 90 y siguientes del Código Civil. En el presente caso el matrimonio tiene tres hijos: Juana de 23 años de edad, cursa estudios de Ingeniería Técnica en Informática, vive con su madre; Fernando, de 22 años de edad, cursa estudios en la Escuela Superior de Hostelería Taberna de Alabardero, vive con su padre; y M.^a Luisa de 16 de edad estudia ESO, vive con su madre.

Resulta evidente que, en este caso, no podemos pronunciarnos sobre la guarda y custodia de los hijos mayores a quienes, sin embargo, deben sostener y alimentar sus progenitores puesto que no son independientes económicamente.

La cuestión que se suscita es la determinación de las pensiones de alimentos y el régimen de custodia de la menor, así como el abono de las cargas familiares y el uso de la vivienda familiar. En realidad todas estas cuestiones están resueltas, las han resuelto las propias partes. Don Manuel vive con su hijo y ha asumido todos los gastos de éste, incluidos estudios. Doña Pilar vive con su hija Juana y asume su cuidado si bien las matrículas universitarias las pagan los padres al 50%. M.^a Luisa indistintamente come o duerme en casa de su padre o de su madre, sus gastos los comparten los progenitores, estudios, alimentación, ropa, etc.

La audiencia de la menor revela la existencia de una separación bien tratada por las partes aun cuando tengan las dificultades económicas lógicas en toda separación. Ellos han resuelto en la práctica lo que ahora debemos regular. Realmente M.^a Luisa no ha tenido ningún problema para estar con uno u otro progenitor, lo cual es de alabar y de reconocer a sus padres. Tampoco sus hermanos, Juana comparte un dormitorio con M.^a Luisa en casa de su padre y va de vez en cuando a dormir, según manifiesta M.^a Luisa. Ella, M.^a Luisa, come a menudo en casa de su padre, cocina su hermano que estudia Hostelería, es muy bueno cocinando, nos cuenta M.^a Luisa, quien, por cierto, se ha olvidado de mandarnos una receta de cocina que nos prometió. Sus padres asumen indistintamente la

responsabilidad del cuidado y seguimiento de M.^a Luisa sus estudios.

A esta situación sólo cabe dar un tratamiento jurídico, el de Custodia Compartida. Ello no cambia la realidad en nada, M.^a Luisa puede seguir haciendo su vida como hasta ahora. Se trata de dar un nombre jurídico a lo que realmente hacen estos padres, compartir el cuidado y la responsabilidad de educar a M.^a Luisa. El domicilio de M.^a Luisa a efectos legales debe fijarse en el de su madre. Los gastos de M.^a Luisa serán asumidos al 50% por ambos progenitores.

Los gastos de Juana serán asumidos por su madre y los gastos de Fernando serán asumidos por su padre.

La situación económica de los progenitores es semejante. Doña María gana 1.200 euros al mes y don Manuel 1.950 euros mensuales. Ambos han de pagar la hipoteca del piso que era el domicilio familiar al 50%, 450 euros cada uno, IBI y seguro vinculado a la hipoteca. Sin embargo don Manuel además debe pagar un alquiler, 900 euros, don Manuel necesita, al igual que doña María, de una vivienda digna donde vivir él y su hijo, así como donde ir sus hijas. La vivienda está muy cerca de la de doña María de forma que las niñas pueden ir y venir cuando quieran. Descontado el alquiler y el 50% de la hipoteca, el líquido que le queda a don Manuel es menor que el que le queda a doña María después de pagar la hipoteca. En estas circunstancias económicas es ajustado establecer que cada uno asuma el gasto íntegro del hijo mayor de edad que convive con ellos compartiendo al 50% el gasto de M.^a Luisa. Se tiene en cuenta a la hora de determinar la necesidad de establecer el deber de pagar pensión de alimentos a Manuel el hecho de tener que abonar un alquiler para vivienda de él y de su hijo. Cualquier separación supone una quiebra económica, antes era una sola vivienda la que mantener ahora son dos. Tras una separación nadie mejora económicamente sino todo lo contrario.

El uso de la vivienda familiar se atribuye a doña María. Es deber de ambos progenitores

proteger a sus hijos y proporcionarles lo que necesiten, incluida vivienda. Es doña María la que ha habitado de forma continuada la que era vivienda familiar en compañía de las niñas y así debe seguir mientras que las hijas sean dependientes económicamente. El uso debe cesar en el

momento en el que las niñas sean independientes económicamente.

Finalmente establecer que el préstamo suscrito con el Banco de Andalucía SA por ambos progenitores debe ser abonado al 50%.

GUARDA Y CUSTODIA

Tras reiterados intentos de que la menor fuera recuperando una relación maternofilial absolutamente deteriorada, no se han obtenido éxitos significativos, a consecuencia de que la hija se encuentra en un grado de alienación severa, en el que, dada su edad, (13 años) se hace sumamente difícil un reconocimiento y reorientación psicológica del convencimiento de aversión y rechazo.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

Ante todo se ha de poner de manifiesto que en las presentes actuaciones, desde un primer instante, quedó en evidencia que la hija menor de los litigantes, Pilar, habría de permanecer bajo la guarda y custodia de su padre, compartiendo con la madre el ejercicio de la patria potestad sobre la misma. El procedimiento se ha dilatado exclusivamente a consecuencia del injustificado rechazo y hostilidad que la menor ha mostrado hacia su madre y hacia todo el entorno materno. De hecho, se ha procurado que superara esa insana animadversión que está provocándole una carencia afectiva grave en su desarrollo madurativo.

Tras reiterados intentos de que la menor fuera recuperando una relación maternofilial absolutamente deteriorada, no se han obtenido éxitos significativos, a consecuencia de que Pilar se encuentra en un grado de alienación severa, en el que, dada su edad, (13 años) se hace sumamente difícil un reconocimiento y reorientación psicológica del convencimiento de aversión y rechazo.

Resulta evidente que en esa consumación de alienación parental, como se ha expuesto por el Equipo Técnico, ha tenido una gran importancia la influencia que, consciente o inconsciente, puede haber recibido la menor de su padre y entorno paterno, lo que ha creado en Pilar un sentimiento de desafección absoluta, como se ha dicho, no sólo hacia su madre sino hacia todo el entorno familiar que mantiene una buena relación con la Sra. Laura, lo que ha llevado, en esa dinámica de contrariar a su madre, a un acercamiento hacia la única figura de la familia extensa materna que se encuentra enfrenta-

da a la madre y al resto de esa unidad familiar, por ser considerado un maltratador, es decir, el abuelo.

Toda esa muestra de irracional desapego, lo cierto es que ocasiona en Pilar una grave victimización, habiéndose advertido por las integrantes del quipo Psicosocial que la menor se encuentra en una manifiesta situación de riesgo ya que en la actualidad, con sólo 13 años, la niña se ha convertido en una manipuladora, no conociendo límites ni reconociendo el principio de autoridad. Se encuentra en una actitud de soberbia permanente en la que considera que se hace lo que ella quiere y decide, lo que, a corto o medio plazo, puede provocar que su rebeldía alcance al propio padre.

Ante ese estado de acontecimientos, resulta preceptivo, si se trata de proteger el interés superior del menor, al menos, realizar un último intento, aún cuando comporte la adopción de medidas radicales, de cara a ese beneficio de corregir, en lo que resulte posible, el restablecimiento de la relación maternofilial, apartando a la niña de cualquier foco de interferencia parental.

Afortunadamente, ambos progenitores han asumido esa necesidad y consiguiente beneficio para la salud psicológica e integridad emocional de su hija, habiendo adoptado y consentido que se lleven a cabo las medidas terapéuticas propuestas por los técnicos del Equipo Psicosocial en el acto de la vista celebrada el día 15 de enero. Por consiguiente en la parte dispositiva de esta resolución se procederá a la aprobación de dicho acuerdo que se ha hecho extensivo a las diferencias de contenido

económico (obligación de prestación de alimentos) que eran objeto de contienda judicial.

A fin de que Pilar pueda superar el rechazo afectivo que muestra hacia su madre y entorno materno y poder dar inicio a una relación y contacto entre ambas, se acuerda:

– Ambos progenitores deberán iniciar con carácter inmediato un proceso de Terapia Familiar en el Centro que elijan, debiendo poner esa elección en conocimiento del Juzgado para librar oficio para que ese Centro de Terapia informe al Juzgado sobre el inicio, desarrollo y conclusión del proceso terapéutico, que habrá de tener por finalidad la consecución del cambio y transformación de las actuales actitudes y comportamientos de ambos progenitores hacia su hija, logrando que ésta pueda ir superando el sentimiento de rechazo que muestra hacia su madre.

– Una vez que concluya el presente curso escolar y durante todas las vacaciones de verano, Pilar, ingresará en un centro adaptado a su actual situación de rebeldía y trastorno de conducta, a cuyo efecto se considera adecuado el Centro dependiente de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social,

sito en la localidad de Hornachuelos (Córdoba), donde la menor permanecerá ingresada dado el riesgo en que se encuentra su estabilidad y salud psicológica, sin posibilidad de contactar personalmente ni con su padre ni nadie de su entorno paterno, aún cuando podrá telefonar al Sr. Tomillo, una vez por semana (el domingo de 20 a 21 h).

Por contra la madre y cualquier otro familiar del entorno materno podrá visitar a su hija con carácter discrecional, resultando preceptivo que se imponga a la niña el permanecer en compañía de dichos familiares por un espacio mínimo de dos horas y sujetándose como máximo el horario que marque el reglamento interno del Centro. A tal efecto se librará oficio a la Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social para que adopte las medidas necesarias para que se proceda a ese ingreso una vez concluido el curso escolar en junio, y que se prolongará hasta el comienzo de clases en septiembre.

– Hasta ese ingreso, doña Laura podrá ver y tener contacto con su hija cuando estime conveniente, sin imponerle o forzarle en ese sentido a la menor.

Revista de **Derecho de** **familia**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

RESOLUCIONES DE LA DGRN

ADOPCIÓN

No se inscribe la adopción constituida en Brasil ya que cuando se constituyó ésta los adoptantes estaban domiciliados en España y por tanto era necesario que contasen con la declaración de idoneidad del adoptante otorgada por la entidad pública competente.

RESOLUCIÓN DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Tratándose de adopción constituida en el extranjero, la Ley Orgánica del Menor en su disposición adicional 2.^a dispone que el Encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del artículo 9.5 del Código Civil y según este artículo, estando el adoptante español domiciliado en España al constituirse la adopción, es necesario para que ésta sea reconocida en España que se acompañe la declaración de idoneidad del adoptante otorgada por la entidad pública com-

petente, que será la designada por la Comunidad Autónoma (la de la residencia habitual de los adoptantes), de acuerdo con sus respectivas normas de organización (*cfr.* disposición final 2.^a Ley Orgánica del Menor).

Como, según resulta acreditado en las actuaciones, cuando se constituyó la adopción en Brasil los adoptantes estaban domiciliados en España, no puede prescindirse para la inscripción de la aludida declaración española de idoneidad.

ADOPCIÓN

Se admite el cambio de nombre de un menor extranjero adoptado al considerarse beneficioso para su interés.

RESOLUCIÓN DE 1 DE OCTUBRE DE 2007

Por comparecencia de 19 de diciembre de 2002 ante el Juez encargado del Registro Civil de V., los interesados solicitaron la inscripción de su hijo adoptivo en el Registro Civil Central proponiendo como nombre «P. S.», pero en la inscripción se hizo constar el de «S.». El 8 de enero de 2004 comparecieron de nuevo los interesados ante el Registro Civil de V. y solicitaron que en la referida inscripción se hiciese constar el nombre de «P. S.» que habían solicitado y que en la inscripción principal de nacimiento se suprimiesen los datos de la madre biológica. Son dos, pues, las cuestiones que se plantean: una, la relativa al nombre impuesto al hijo y, otra, la que se refiere a la omisión en la inscripción principal del nombre de la madre biológica.

Respecto de esta segunda petición hay que tener en cuenta que los interesados en su comparecencia inicial de 19 de diciembre de 2002, por la que se inició el expediente, habían limitado su solicitud al nombre de su hijo, por lo que el expediente debe resolver sólo sobre esta cuestión. La otra petición, ha de considerarse extemporánea, puesto que se planteó en comparecencia posterior, de 8 de enero de 2004, después de que se hubiese practicado la inscripción y, además, debe resolverse mediante solicitud distinta de los interesados para que, en el folio que entonces corresponda, se extienda nueva inscripción de nacimiento en la que se hagan constar solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres

adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos (*cf.* artículo 16.3.º LRC —en la redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre— e Instrucciones de este centro directivo de de 15 de febrero de 1999 y de 1 de julio de 2004).

Respecto de la primera cuestión, hay que tener presente que cuando se inscribe en el Registro Civil español el nacimiento de quien ha adquirido la nacionalidad española, debe consignarse en el asiento el nombre propio que esta persona tuviera atribuido según su anterior ley personal, a no ser que se pruebe que usa de hecho un nombre propio distinto (*cf.* artículos 23 LRC y 85 y 213 RRC). En este caso, el nombre «S.» con que se ha inscrito al hijo de los recurrentes por el Registro Central, es el que correspondía a la vista de la certificación extranjera de su nacimiento y de los demás documentos relativos a su adopción, por lo que debe considerarse correcta la calificación efectuada por el Registro Central.

No obstante, en estos supuestos de adopciones conviene tener en cuenta el interés del menor y

examinar si el cambio de nombre inicial por el propuesto por los padres adoptantes no favorecerá dicho interés. La respuesta debe ser afirmativa y, como ya tiene manifestado esta Dirección General (*vid.* Resolución de 14 de junio de 2006, 6.ª), tratándose de un supuesto de adopción, puede admitirse en interés de la menor el cambio propuesto, sin por ello forzar la interpretación de la norma reglamentaria contenida en el citado artículo 213 del Reglamento del Registro Civil, que da preferencia, respecto del extranjero que adquiere la nacionalidad española, el nombre que el mismo viniera usando. Por lo demás, los padres tienen amplia libertad para elegir nombre para sus hijos, salvo que el designado esté afectado por alguna prohibición legal (*cf.* artículo 54 LRC) y, finalmente, la adopción constituye una evidente justa causa para el cambio de nombre, en cuanto contribuye a la ruptura con la familia anterior y a la mejor integración del hijo adoptivo en su nueva familia.

INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

Se deniega la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español al no acreditarse que su padre fuese español, ya que según consta en la inscripción de nacimiento, las personas que constan en ésta no son padres biológicos ni adoptivos.

RESOLUCIÓN DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Se pretende por este expediente que sea inscrito fuera de plazo el nacimiento de la promotora, nacida en Argentina en 1961. El Registro Civil Consular dictó acuerdo de 11 de julio de 2006, por el que denegaba la inscripción solicitada. Este acuerdo constituye el objeto del recurso presentado.

Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que aquél afecte a algún ciudadano español (*cf.* artículos 15 LRC y 66 RRC), pudiendo prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en un Registro extranjero, «siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española» (artículo 23.II, LRC). En este caso alega la interesada su condición de española por ser hija de padre español, por lo que procede

en primer lugar comprobar si, realmente, concurre en ella dicha condición. Para acreditar este extremo aporta certificación local de su inscripción de nacimiento, pero ésta genera inicialmente serias dudas sobre la veracidad del hecho inscrito en lo que se refiere a la filiación de la interesada, puesto que según consta en el expediente no son padres biológicos, ni tampoco adoptivos, los que constan como tales en dicha inscripción, aun cuando éstos, efectivamente, acogiesen a la interesada desde su infancia. El Código Civil, al tiempo del nacimiento de la promotora, entre otros supuestos que no hacen al caso, consideraba españoles a los hijos de padre español (*cf.* artículo 17 en redacción de la Ley de 15 de julio de 1954), pero como se ha dicho, la filiación paterna no puede darse por probada en este caso.

VIVIENDA FAMILIAR

Inscripción del derecho de uso atribuido al esposo respecto de la vivienda que adquirió la esposa con posterioridad a dictarse la sentencia que atribuyó tal uso y que anteriormente se encontraba inscrita a nombre del INVIFAS.

RESOLUCIÓN DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de inscribir una sentencia recaída en proceso de divorcio, por la que se revoca la inicial atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa, asignándolo al marido.

Como pone de relieve el recurrente, y se desprende con claridad de los hechos anteriormente narrados, lo que la sentencia refleja en su fallo es la adjudicación del uso de la vivienda familiar al marido. En ningún momento se hace en dicho fallo declaración alguna acerca del derecho de arrendamiento que el adjudicatario, por un título totalmente ajeno al proceso, ostenta sobre la vivienda. Si se alude al arrendamiento en los antecedentes de hecho de la sentencia, pero no con carácter sustantivo o decisorio, sino sólo como uno más de los elementos que el Tribunal ha tomado en consideración para formar su juicio. Consecuentemente, lo que se pretendía con la presentación de la sentencia en el Registro era la inscripción del derecho de uso, en modo alguno la del arrendamiento. Por ello carece de fundamento la calificación negativa del registrador.

Siendo ello así, es claro que nada se opone a la registración pretendida, por cuanto el derecho de uso, si bien de naturaleza, personal o real, discutida, limita las facultades dispositivas del propietario de la finca (artículo 96 del Código Civil), por lo que inquestionablemente merece la protección registral. Con ello se evita la aparición de eventuales terceros que, ante la falta de inscripción del uso, invoquen la protección que dispensa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y en el caso debatido se dan los requisitos necesarios para la inscripción:

reconocimiento judicial del derecho de uso en un proceso de crisis matrimonial (artículos 90 y 91 del Código Civil), atribución del mismo al cónyuge no propietario de la vivienda (si se atribuyera al que ya es dueño la inscripción del uso sería innecesaria; *cfr.* Resolución de 6 de julio de 2007), e inscripción registral de la vivienda a favor del otro cónyuge (si lo estuviera a favor de tercero el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio sólo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros; *cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005 y Resoluciones de 28 de noviembre de 2002 y 28 de mayo de 2005).

Ciertamente, en el caso que nos ocupa concurre una circunstancia peculiar, cual es que la adquisición de la propiedad de la vivienda por el cónyuge no adjudicatario se haya producido después de la sentencia que reconoce el uso al otro. Por lo demás, de no haberse producido dicha adquisición la sentencia no hubiera podido inscribirse (al pertenecer la vivienda a un tercero). Pero, para cuando el fallo judicial se presenta en el Registro la finca está inscrita a nombre de la esposa, por lo que, conforme a lo antes razonado, nada se opone a la inscripción. Cuestión distinta es que la nueva situación creada por la adquisición de la vivienda por la esposa pueda llevar al Tribunal a decidir en el futuro, como claramente permite el artículo 91 del Código Civil, la modificación de las medidas adoptadas ante un cambio significativo de las circunstancias que sirvieron de base para adoptarlas (y eso es precisamente lo que pretende la esposa con la demanda de modificación de las medidas del divorcio que ha presentado en el Juzgado).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se deniega la inscripción como privativa de una vivienda adquirida constante el matrimonio al no haberse acreditado suficientemente el carácter privativo del precio o contraprestación, no siendo suficiente que dicho importe se extrajese de una cuenta de la que sólo era titular el esposo.

RESOLUCIÓN DE 25 DE OCTUBRE DE 2007

Como cuestión previa, relativa a la alegación del recurrente sobre la insuficiente motivación de la

calificación impugnada, cabe recordar que este Centro Directivo (*cfr.*, por todas, las Resoluciones

de 4 de mayo y 28 de octubre de 2005 y las citadas en sus vistos, además de otras más recientes como la de 21 de marzo de 2007) ya ha tenido ocasión de analizar la razón de ser e importancia de la motivación; los requisitos mínimos de la misma, esto es, que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de dos Resoluciones de esta Dirección General, como acontece en este caso), sino que es preciso justificar la razón por la que ese precepto es de aplicación y la interpretación que del mismo efectúa el funcionario calificador (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que sólo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma; igualmente, se ha señalado que esa motivación, aun cuando pueda ser sucinta (artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sin embargo ha de ser suficiente y, por último, las consecuencias de una motivación insuficiente.

No obstante, en el presente caso, aunque la motivación en que se fundamenta la calificación impugnada haya sido manifestada de modo ciertamente escueto, sí que puede considerarse suficientemente expresivo de la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra en este caso el contenido del escrito de interposición del recurso.

Por lo que se refiere al fondo del asunto debatido en este recurso, mediante la escritura calificada el comprador, casado en gananciales, manifiesta que el precio se ha pagado con dinero procedente de su patrimonio privativo, por lo que, conforme a los artículos 1.346.3.º del Código Civil y 95.2.º del Reglamento Hipotecario, solicita del Registrador de la Propiedad la inscripción de la finca adquirida con el carácter expresado, toda vez que, según se pretende, ese carácter privativo del precio queda acreditado mediante prueba documental pública, al hacerse constar en la escritura calificada que dicho precio ha sido satisfecho con cargo a una determinada cuenta de la que únicamente es titular el cónyuge comprador y en la que fue ingresado por éste con anterioridad el importe del precio de la venta de una finca de la que, según se indica en la escritura, es dueño con carácter privativo.

Para la resolución de dicha cuestión es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones ya expresadas en otras ocasiones por este Centro Directivo (*cf.*, por todas, las Resoluciones de 28 de noviembre de 1988 y 15 de diciembre de 2006): a) La específica naturaleza del procedimiento registral en el que no cabe el desenvolvimiento de la prueba en forma contradictoria, ni se concede al

Registrador las amplias facultades de apreciación de que goza el Juez en los procedimientos declarativos; b) La exigencia de acreditación fehaciente de los actos y negocios que pretenden su acceso al Registro (*cf.* artículo 3 de la Ley Hipotecaria), exigencia que se extiende a todos los extremos del negocio que han de reflejarse en el asiento (*cf.* artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria); c) El rigor de los mecanismos de rectificación del Registro de la Propiedad, en cuanto se precisa el consentimiento de todos aquellos a quienes el asiento a rectificar conceda algún derecho o, subsidiariamente, una resolución judicial firme dictada en juicio ordinario entablado contra ellos (*cf.* artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria); y d) El alcance *erga omnes* de la presunción de ganancialidad, cuya desvirtuación requiere una prueba satisfactoria y, en su conjunto, suficiente (*cf.* Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994).

Por ello, debe determinarse si en el presente caso queda o no justificado mediante prueba documental pública el carácter privativo del precio pagado para la adquisición del bien inmueble de que se trata. Concretamente, en primer lugar se plantea si por el hecho de ser el comprador titular de una determinada cuenta bancaria en la que se ha ingresado con anterioridad el importe de la venta de un bien privativo, puede considerarse que el precio ahora satisfecho con cargo a dicha cuenta —y consiguientemente el bien inmueble adquirido mediante dicho pago— goza de igual carácter; y, en segundo lugar, si aun dándose por acreditado este extremo, de la escritura y documentos a ella incorporados puede considerarse válidamente acreditado que el precio ahora satisfecho en la compra que motiva este recurso lo haya sido efectivamente con cargo a esa misma cuenta.

En cuanto al primero de los aspectos —acreditación del carácter privativo de los fondos de la mencionada cuenta bancaria— es necesario afirmar que la circunstancia de ser el titular de la misma uno solo de los cónyuges, en este caso el cónyuge que vendió un bien que se indica ser privativo y que ahora compra mediante la escritura calificada, no determina por sí sola el carácter privativo del saldo de la misma.

En efecto, la titularidad de una cuenta bancaria atribuye a quien figure como titular de ella una disponibilidad de fondos de la misma cuenta frente a la entidad bancaria que los retiene pero no determina sin más la propiedad del saldo de la misma, la cual sólo vendrá dada por la originaria pertenencia de los fondos en ella ingresados —véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 septiembre 1997—. Por tanto, para estimar que tiene carácter privativo el saldo de una cuenta será necesario que resulte acreditado que los fondos de los que se ha

venido nutriendo dicha cuenta tengan tal carácter, lo que en el caso del presente recurso exigiría que resultare acreditado de forma fehaciente no sólo que el saldo inicial tuvo aquel carácter por venir constituido por el ingreso del precio obtenido de la venta en escritura pública de un bien con naturaleza privativa acreditada, sino también que dicho saldo se haya mantenido en cuantía suficiente para que con cargo al mismo haya podido efectuarse posteriormente el pago del precio de la compra ahora realizada y que, además, durante el tiempo transcurrido desde la venta del bien privativo hasta la compra del nuevo bien no haya habido en la citada cuenta ingresos de otra procedencia que impidieran otorgar al citado saldo de manera indubitada en el momento de la compra el carácter privativo que inicialmente pudo tener.

En la escritura de compra cuya calificación motiva ahora el recurso, y con la finalidad de justificar el carácter privativo del precio satisfecho, se expresa que la finca de cuya venta se obtuvo el dinero ahora empleado en dicha compra le pertenecía con carácter privativo al ahora comprador, según resulta de copias auténticas de las escrituras de venta previa y aclaración de la misma que se exhiben al Notario ahora autorizante. En la referida escritura ahora calificada el Notario testimonia parcialmente dicha escritura de aclaración respecto de la manifestación en ésta contenida de que el importe de la venta fue pagado por el comprador al vendedor mediante varios cheques en una cuenta cuyo número y entidad se reseñan, de suerte que en la escritura de formalización de la venta se incorpora por el Notario autorizante testimonio de certificación de dicho ingreso en la citada cuenta bancaria. Según el expresado testimonio, esta cuenta es coincidente con aquella a cuyo cargo a la cual se libró el cheque bancario (y se pagó parte del precio, según también se expresa en certificación bancaria incorporada), testimoniado en la escritura de la posterior compra que ahora motiva el recurso.

Por ello, a la hora de analizar si de lo hecho constar en la escritura que motiva este recurso resulta acreditado el carácter privativo de los fondos ingresados en dicha cuenta, resulta obligado concluir (aun dejando al margen que respecto de la certificación bancaria del ingreso incorporada a la escritura de aclaración de la venta previa no se reseña dato alguno del que se derive su autenticidad) que no resulta acreditado por medio alguno –al no contener la certificación bancaria ahora incorporada a la escritura de compra precisión sobre este extremo– que del movimiento de la citada cuenta no resulte ingreso alguno de distinta procedencia a la del pago del precio del bien originariamente vendido, circunstancia esta que pudiera desvirtuar el carácter privativo que habría

de reconocérsele al saldo de resultar acreditadas las anteriores circunstancias.

Respecto del segundo de los aspectos citados –pago del precio en la posterior compra con cargo a dicha cuenta– es necesario precisar que la acreditación formal de la procedencia del precio ahora satisfecho se pretende efectuar: a) En cuanto a la cantidad que en el momento del otorgamiento de la escritura calificada se confiesa recibida por la parte vendedora con anterioridad en metálico con cargo a dicha cuenta, mediante certificación de la entidad bancaria incorporada posteriormente conforme a lo previsto en la citada escritura mediante diligencia, y acreditativa de haberse hecho entrega a la parte vendedora, con cargo a dicha cuenta y antes del otorgamiento, de una cantidad equivalente a la que en dicha escritura se confiesa recibida; y b) En cuanto al resto del precio, mediante la entrega al tiempo del otorgamiento de la escritura de compra de un cheque bancario nominativo a favor de la parte vendedora librado por la misma entidad bancaria, y según se indica en la escritura con cargo a la misma cuenta, testimonio del cual igualmente se incorpora a la escritura (y del que resulta que en dicho cheque no figura dicha cuenta sino otra distinta, según se expresa en el apartado I de la exposición de Hechos de la presente Resolución).

De este modo, a la vista de los citados documentos, ha de afirmarse que no queda acreditado de forma auténtica que el precio de la compra que motiva el recurso haya sido satisfecho con cargo a dicha cuenta bancaria del comprador dado que, el cheque bancario no sólo carece por sí solo de la debida autenticidad a efectos registrales, sino que además no puede deducirse directamente de éste que el mismo haya sido librado con cargo a esa misma cuenta, pues en la mecánica de utilización de este medio de pago una cosa es el libramiento del citado cheque por la propia entidad bancaria y contra ella misma –desvinculado con cuenta particular alguna– y otra el cargo previo que se haya podido hacer en la cuenta particular –del importe del cheque y de la comisión que, en su caso, pudiera cobrarse por la emisión de dicho cheque– a los efectos de traspaso de fondos al propio Banco para su disponibilidad posterior en orden al libramiento del citado cheque.

Por último, al venir referida la certificación bancaria únicamente a una parte del precio –y aun dejando también al margen la cuestión relativa a su autenticidad–, de su contenido no resulta acreditado que el pago del precio total de la compra se haya realizado mediante la utilización de medios de pago identificados, adeudados en la citada cuenta por orden del ahora comprador, de los que resulte beneficiario el vendedor y que sean imputables al pago del referido precio.

SUCESIONES

Validez y eficacia del testamento otorgado ante Notario español por un súbdito inglés respecto a un bien que se encuentra en nuestro país.

RESOLUCIÓN DE 24 DE OCTUBRE DE 2007

Son hechos relevantes para la resolución de este recurso, los siguientes:

a) Mediante escritura otorgada ante Notario español en el año 2007 determinada señora (única heredera de los bienes del causante sitos en España en virtud de testamento otorgado por éste ante notario español el año 2004), manifestó la herencia de su finado esposo (de nacionalidad británica), aceptándola y adjudicándose, como único bien del causante en España, la mitad indivisa de una finca rústica.

En dicha escritura manifiesta la compareciente que el causante no posee ningún bien en Inglaterra, declarando asimismo que no puede aportar el «Probate», de cuya falta advierte también el Notario autorizante.

b) Según la calificación impugnada, el Registrador parte de la base de que la legislación aplicable a la sucesión es la Ley inglesa, conforme al apartado 8 del artículo 9 del Código Civil español, por lo que exige que se aporte, en unión del título (copia auténtica del testamento), los documentos siguientes:

1.º La resolución judicial conocida como «Probate», dictada en favor de ejecutor testamentario designado para tal cargo en testamento otorgado por el causante. Y, en ausencia de tal designación testamentaria, resolución judicial en el procedimiento que corresponda por la que se proceda al nombramiento de un administrador de la herencia.

2.º Certificado expedido por el ejecutor testamentario o administrador de la herencia según corresponda, que acredite la cualidad de herederos de los otorgantes del título que se inscribe («Grant of Probate o Letters of Administration»).

c) La representante de la otorgante de la escritura recurre la anterior calificación, haciendo especial hincapié en el hecho de que, por oposición al artículo invocado en la calificación—9.8 del Código Civil—, ha de tenerse en cuenta el artículo 12.2 del mismo cuerpo legal, por lo que, partiendo de que en el ordenamiento anglosajón el testador goza de una amplísima libertad a la hora de disponer de sus bienes, su norma de conflicto en materia de sucesiones para los bienes inmuebles remite a la ley del lugar donde estén sitos; de modo que la

citada norma de conflicto española remite a la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento y ésta reenvía de retorno a la ley española, en cuanto ordenamiento del lugar de situación del inmueble.

Argumentaba, además, que la aplicación del reenvío en este caso resulta compatible con el principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio y con la aplicación del principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria—libertad de testar—, por lo que la aplicación de la Ley española conduce a la aceptación de la designación de heredera mencionada y a la lógica conclusión de no ser obligatoria la aportación de resolución judicial conocida como «Probate» dictada a favor de ejecutor testamentario designado para tal cargo en testamento otorgado por el causante («Grant of Probate»), o, en su caso, resolución judicial por la que se proceda al nombramiento de un administrador de la herencia («Setter of Administration»), tal y como requiere la nota de calificación recurrida.

Presenta este recurso similitud con el supuesto de hecho que motivó la Resolución de este Centro directivo de 1 de marzo de 2005, si bien el caso que ahora se examina ofrece ciertas especialidades, considerándose también conveniente matizar y aclarar algunos extremos de la citada resolución. Dicho esto, para una adecuada solución del mismo, hay que realizar las siguientes precisiones:

a) Como ya indicó la Resolución de este Centro directivo de 5 de febrero de 2005, la cuestión principal en los expedientes en que existe elemento extranjero es la acreditación del Derecho aplicable. En el presente caso, en la escritura de adjudicación de herencia no consta—como hubiera sido lo correcto— afirmación expresa alguna del notario respecto de su conocimiento de la ley inglesa, y lo mismo cabe predicar respecto de la nota de calificación, si bien de la actuación de uno y otro puede deducirse su conocimiento directo, pues en ningún momento exigen su prueba. Otra cosa será determinar la correcta aplicación de las normas de conflicto y las consecuencias jurídicas que de ello se deriven, algo que este Centro Directivo puede perfectamente realizar (*cf.* artículo 12.6 del Código Civil).

b) Dicho lo anterior, la cuestión de fondo planteada no es la determinación del título sucesorio de un ciudadano británico que, poseyendo bienes

en España, fallece bajo testamento otorgado ante notario español (el cual se refiere exclusivamente a su patrimonio en territorio español), sino que tiene un mayor calado, toda vez que la verdadera cuestión por decidir estriba en la determinación de la ley aplicable a la herencia del finado (*lex successio-nis*), expresión esta última cuyo alcance se precisará más adelante.

La existencia, cada vez más numerosa, de extranjeros propietarios de inmuebles en España, en los que establecen, además, su segunda residencia, determina la frecuencia de sucesiones internacionales en las que se involucra la legislación española, por lo que es necesario dar respuesta a este fenómeno.

La Unión Europea, consciente de esta realidad y deseosa de dotar seguridad a los movimientos de personas en los distintos países miembros, trabaja en un futuro instrumento que regule ciertos aspectos de la determinación de ley aplicable a las sucesiones internacionales comunitarias, con la posible creación de un título sucesorio europeo que facilite dicha determinación en supuestos como el presente.

Pero, mientras dicho instrumento no se encuentre en vigor, para la resolución de la cuestión ahora planteada debe partirse de la *lex fori*, que determina, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, que la ley aplicable es la personal del causante, dado que España no ha firmado el Convenio de La Haya de 1989, relativo a ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte que conduce a otras conexiones. Acoge así dicha norma el principio de universalidad de la sucesión (con la única excepción prevista en su último párrafo a favor de la eventual aplicación de ley rectora de los efectos del matrimonio), de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta siempre a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de ésta remitan a la ley española, único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho Internacional Privado (*cf.* artículo 12.2 del Código Civil). Sin embargo, ese reenvío de primer grado no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte si ello provoca un «fraccionamiento legal de la sucesión», que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el artículo 9.8 del Código Civil está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla (*vid.* en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002).

Por lo demás, según el artículo 9.8 del Código Civil es relevante sólo la ley personal, entendiendo por tal la nacional del causante en el momento de su fallecimiento (en el caso que ahora se examina la derivada de su nacionalidad británica, cuyo Derecho sucesorio además de estar fundado en

el principio de libertad de testar, es uno de los sistemas que establece una dualidad de régimen según se integre la sucesión de bienes muebles o inmuebles, de suerte que estos últimos, si estuvieran situados en país extranjero, se regirán por la *lex rei sitae*).

Por consiguiente, y partiendo de la operatividad del reenvío de la ley sucesoria inglesa al Derecho civil español —común en este caso, pues el inmueble se encuentra situado en la Comunidad Autónoma de Canarias—, se plantean dos cuestiones distintas: una, la validez del título sucesorio, y otra, el cumplimiento material de los requisitos exigidos en el *iter* sucesorio, en que deben ser tenidas en cuenta ambas legislaciones.

En orden a la determinación del título sucesorio, existe un testamento otorgado ante notario español, con la sola finalidad de ordenar *mortis causa* el patrimonio inmueble en España del testador, el cual, conforme a los artículos 9.8 y 11 del Código Civil, debe ser considerado válido y suficiente. Es más, la posibilidad de testar ante notario español para ordenar el patrimonio existente en España es una vía que genera seguridad jurídica al ciudadano extranjero y que, especialmente en los casos de dualidad, como los de la ley inglesa, asegura la propiedad del bien tras la muerte de su titular facilitando y abaratando extraordinariamente la formalización de la sucesión *mortis causa*.

Y, por lo que se refiere a la coordinación material de ambas leyes sucesorias, el reenvío de la ley inglesa al Derecho español, por razón de la situación de un inmueble, implica la aplicación del mismo a los aspectos relativos a la validez del título sucesorio (*cf.* Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, en vigor en España desde el 10 de junio de 1988), así como a los ligados a la adquisición del dominio sobre inmuebles en el territorio español, referidos a la aceptación, la adjudicación y, en su caso, la partición hereditaria, rigiéndose en lo demás la sucesión por la ley personal del causante, que en lo posible no debe fragmentarse.

Añádase a lo anterior, y para concluir, que lo relativo a los efectos registrales de los derechos sucesorios se rigen por la legislación del Registro de que se trate, por lo que han de aplicarse los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento, de lo que se deriva, para el caso que ahora se examina y atendidas las razones antes expuestas, la suficiencia del título sucesorio otorgado en su día en España para la práctica de la inscripción hereditaria. Cuestión esta que enlaza con uno de los defectos puestos de relieve en la nota de calificación registral, respecto de la falta de aportación de la copia auténtica del testamento, y que no debe abordarse en el presente recurso toda vez que el recurrente no ha impugnado tal extre-

mo sino que se limita a acompañar dicho título al recurso. Por ello, únicamente cabe señalar que, no pueden tenerse en cuenta en este expediente documentos no presentados al Registrador en el momento de la calificación –*cfr.* artículo 326 de la Ley Hipotecaria–, sin perjuicio de que presentado en forma de nuevo dicho documento, si el contenido del título ahora aportado en forma auténtica

coincide con el que aparece reseñado en la escritura calificada, deba procederse a la práctica de la inscripción solicitada, y sin que proceda ahora que este Centro Directivo se pronuncie acerca de la fundamentación de dicha exigencia (en relación con la reseña que obra en la escritura de los particulares de la sucesión), al no ser una cuestión planteada en el recurso.

SUCESIONES

Se deniega la anotación preventiva de la demanda dirigida contra los herederos desconocidos de una persona fallecida al no garantizarse una adecuada defensa de los intereses de la herencia aun no aceptada.

RESOLUCIÓN DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2007

Se debate en este recurso si es posible la anotación de demanda sobre un bien perteneciente a la herencia yacente de quien figura como su titular registral, o si es necesario, como exige el registrador en su nota, el nombramiento de un administrador judicial que represente a la herencia yacente.

Se plantea, una vez más, en el presente recurso la delicada cuestión de precisar el alcance de la calificación registral frente a actuaciones judiciales. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (*cfr.* Resoluciones citadas en el «vistos»), el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los Registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al Registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan.

No obstante, como también ha sostenido este Centro Directivo en reiteradas ocasiones, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impediría dar cabida en el Registro a una extralimitación del Juez que entrañara una indefensión procesal patente, razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley) extiende la calificación registral

frente a actuaciones judiciales a la competencia del Juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del Registro, así como a las formalidades extrínsecas del documento presentado, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción.

Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o, si no, haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del Registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el Juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial (a diferencia del control que sí le compete, en cambio, sobre los trámites e incidencias esenciales de un procedimiento o expediente administrativo, si se compara el tenor del artículo 99 frente al artículo 100 del Reglamento Hipotecario), su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el Registrador pero cuyo modo sólo compete apreciar al Juez.

La cuestión a dilucidar, por consiguiente, es si la demanda interpuesta contra la herencia yacente del titular registral equivale al emplazamiento de la masa hereditaria aún no aceptada del titular registral fallecido.

Pues bien, no cabe entender que la herencia, siendo ignorados los llamados a aceptarla, como masa patrimonial carente transitoriamente de titular, haya sido parte en el proceso, al haberse omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto, que prevé la adopción por el Juez de las disposiciones procedentes sobre la seguridad y administración de la herencia, en espera de un heredero definitivo, designando un administrador que la represente (artículos 6.4, 7.5, 540, 790.1, 791.2.º, 797 y 798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con quien sustanciar entretanto el procedimiento, sin que la falta de ese cargo que asuma la defensa jurídica de la herencia pueda entenderse suplida simplemente mediante la demanda y citación genéricas de los causahabientes desconocidos del causante, con independencia del modo o garantías

de las citaciones practicadas en los autos, pues no se trata aquí de una eventual tramitación defectuosa (que no compete al Registrador calificar), sino de una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento legalmente previsto, incongruencia entre resolución y procedimiento que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación registral, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Como dijera esta Dirección General (Cfr. Resolución de 24 de febrero de 2006), la demanda dirigida contra los herederos desconocidos de una persona fallecida no garantiza una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada, si no se adoptan las oportunas medidas de administración y garantía de ese patrimonio de titular transitoriamente indeterminado.

Revista de **Derecho de** **familia**

SECCIÓN PRÁCTICA

Trámites a seguir para la liquidación de la sociedad de gananciales cuando ha fallecido alguno de los cónyuges

La cuestión que se plantea es si dentro de la partición de la herencia puede efectuarse válidamente la liquidación de la sociedad de gananciales o por el contrario es necesario llevar a efecto la liquidación siguiendo las normas de los artículos 806 y siguientes de la LEC. Contestar a esta interrogante exige tener presente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que antes de efectuarse las operaciones particionales de la herencia es preciso liquidar la sociedad de gananciales, ya que es el paso previo e ineludible para conocer el haber partible entre los herederos, llegándose incluso en la STS de 15 de junio de 2006 a declarar la nulidad de la partición de la herencia al no haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales. En el mismo sentido se pronuncia la DGRN que, en Resolución de 26 de febrero de 2005 denegó la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional ya que previamente a la partición de la herencia es necesario liquidar la sociedad de gananciales. No obstante, la realidad es que no existe un criterio uniforme entre las sentencias de las Audiencias Provinciales respecto a esta cuestión, ya que si bien es cierto que, siguiendo el criterio indicado anteriormente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, un sector (AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 24 de junio de 2003 y AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 7 de junio de 2005) entiende que el procedimiento adecuado para liquidar la sociedad de gananciales es el previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC. Sin embargo, otro sector (AP Castellón, Sec. 1.ª, Auto de 29 de abril de

2005, AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Auto de 29 de marzo de 2005, y AP Madrid, Sec. 25.ª, Auto de 31 de julio de 2007) es partidario de que la liquidación de la sociedad de gananciales se tramite conjuntamente con la partición de la herencia, con lo cual los trámites a seguir serán los previstos en la LEC para este último en los artículos 782 y siguientes de la LEC. La base jurídica de este sector se encuentra en la posibilidad de acumular la acción de liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia. Igualmente se argumenta que existe jurisprudencia según la cual entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores se encuentra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo, SSTs de 18 de abril de 1928, 10 de enero de 1934, 17 de abril de 1947, 8 de marzo de 1995 y 17 de octubre de 2002 y las RDGRN de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914. Además se indica que en el artículo 783.2 de la LEC se impone la necesidad de citar al cónyuge sobreviviente. A ello se añade que, de existir disconformidad, lo que es obvio cuando se insta el procedimiento judicial, la tramitación del procedimiento se unificaría en el punto del artículo 810.5 de la LEC (falta de acuerdo en la liquidación del patrimonio ganancial). Por último, quizás la razón de mayor peso en la práctica es que tramitar dos procedimientos independientes obligaría a los interesados a la reproducción de una serie de actuaciones que, por la remisión a la indicada normativa, habían quedado ya practicadas, sin resultado eficaz alguno, lo cual entraría en abierta

contradicción con elementales principios de economía procesal, debiendo primar por tanto el principio de economía procesal.

Si finalmente se opta por liquidar previamente la sociedad de gananciales siguiendo lo previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC, será necesario plantearnos qué juzgado será el competente. La redacción del artículo 807 de la LEC establece la competencia objetiva para conocer del procedimiento de liquidación en función de la existencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio, o de actuaciones sobre disolución del régimen económico-matrimonial por alguna de las otras causas previstas en la legislación civil. Sin embargo olvida el legislador que una de las causas de disolución de la sociedad de gananciales es el fallecimiento de uno de los cónyuges y que en estos casos no hace falta tramitar procedimiento alguno para que se declare disuelta la sociedad.

Podría barajarse la posibilidad de aplicar a este supuesto lo previsto en el artículo 52.4 de la LEC (en los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante), pero parece que la respuesta debe ser negativa ya que no estamos estrictamente ante un juicio por cuestiones hereditarias.

Esta omisión nos lleva a tener que plantearnos tanto la competencia objetiva como territorial para la sustanciación del proceso liquidatorio. En cuanto a la objetiva la opción está entre el Juzgado de Primera Instancia ordinario o el especializado en materia de familia, y lo cierto es que la LEC no nos resuelve la duda, sin embargo, los acuerdos del CGPJ atribuyendo competencia a los Juzgados de familia, incluyen dentro de las materias la liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial, por lo que pa-

rece que la balanza se inclina a favor de estos últimos juzgados. No obstante, también hay que indicar que estos acuerdos del CGPJ no son uniformes variando las competencias de unos a otros. Quizás la solución definitiva deberemos buscarla en las normas de reparto de asuntos que se dictan por los distintos decanatos de los Juzgados.

Por lo que respecta a la competencia territorial será de aplicación la norma general del artículo 50 de la LEC: «1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio. 2. 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».

RESEÑAS JURISPRUDENCIALES

Cuando ha fallecido uno de los cónyuges y la liquidación debe sustanciarse entre el supérstite y los herederos del fallecido deben seguirse los trámites previstos en los artículos 806 y siguientes de la LEC.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 24 de junio de 2003

La cuestión que, por vía del presente recurso, se somete a la consideración del Tribunal tiene su origen remoto en la sentencia que, dictada por el Órgano *a quo* en fecha 30 de junio de 1986 y confirmada en 26 de abril de 1988, a salvo de la cuantificación de la pensión compensatoria, por la Sala 1.^a de lo Civil de la entonces Audiencia Territorial de Madrid, puso fin al procedimiento de separación matrimonial de los esposos doña Marcelina y don Armando.

En dicha resolución, y entre otros pronunciamientos, se declaró disuelto el régimen económico-matrimonial que entre aquéllos había venido rigiendo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 95 del Código Civil.

El hoy apelante, hijo de los referidos cónyuges, alega y acredita que su padre falleció el día 19 de octubre de 1997, y justificando su condición de único heredero de éste, según testamento otorgado en 1 de octubre de 1986, solicita del Juzgado *a quo* la liquidación del régimen económico-matrimonial que constituyeron sus procreadores, según los trámites contemplados en el artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A dicha pretensión se da respuesta por el Juzgado mediante Auto de 25 de febrero de 2002, confirmado, tras ser recurrido en reposición, por el de 14 de junio del mismo año, en los que se declara la inadmisibilidad de la demanda presentada, al entender, según lo argumentado en su fundamentación jurídica, que lo prevenido en los artículos 810 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable para proceder a la liquidación de gananciales, una vez fallecido uno de los cónyuges, por lo que remite al solicitante al procedimiento contemplado en los artículos 782 y siguientes del mismo texto legal, respecto del que dicho Juzgado proclama su propia incompetencia.

Y contra dicho criterio resolutorio se alza el referido solicitante, suplicando de la Sala que, con revocación del mismo, se acuerde admitir a trámite la acción entablada.

La problemática en tal modo suscitada debe partir, en orden a su decisión conforme a derecho, de lo prevenido en el artículo 661 del Código Civil, a cuyo tenor los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

Declara, al respecto, el Tribunal Supremo que a los sucesores del causante, como continuadores de su personalidad, les asiste la facultad de ejercitar las acciones que al mismo correspondían (Sentencia de 3 de abril de 1962). Es cierto que la referida transmisibilidad no puede operar respecto de acciones de carácter estrictamente personal, cual acaece con las relativas a la separación matrimonial, divorcio y diversos supuestos de nulidad matrimonial, pero, entre tales excepciones, no cabe ubicar la pretensión que el hoy recurrente ejercita dado que, durante la vida de sus progenitores, ya recayó sentencia decretando la separación matrimonial, respecto de la que no se propugna su ejecución en los pronunciamientos estrictamente afectantes a los entonces contendientes, sino tan sólo en lo relativo a la liquidación del disuelto régimen económico.

Y tales operaciones divisorias encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden a su *iter* procedimental, el específico cauce de los artículos 809 y concordantes que, aunque es cierto que sólo hacen referencia a los «cónyuges», ello no puede excluir, en caso de fallecimiento de éstos, el que la correspondiente acción sea ejercitada, o en su caso continuada, por sus herederos.

Entenderlo de otro modo, tal como sostiene el Órgano *a quo*, supone una concepción absolutamente rígida y estanca de los condicionantes procedimentales que mal se concilia con las previsiones del artículo 661 CC, en su necesaria conexión con el 3.º del mismo texto legal, según el cual las normas han de interpretarse, no sólo según el sentido propio de sus palabras, sino también en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Se impone, en consecuencia, una interpretación coherente y sistemática de las

fórmulas legales utilizadas, en armonía con las exigencias del artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial a toda las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos; y no puede negarse dicha condición jurídica a los herederos de una persona fallecida, en relación con las acciones de que ésta era titular, a salvo las de carácter personalísimo, no pudiendo encuadrarse entre éstas, y conforme a lo ya expuesto, las relativas a la liquidación del régimen económico-matrimonial.

Y en cuanto el ejercicio de dicha acción liquidatoria deriva de un proceso declarativo, cual el afectante a la constitución del nuevo estado civil, no puede negarse la condición de parte al heredero de uno de los cónyuges, pues al fallecer éste debe situarse a aquél en la misma posición procesal, ya que, en definitiva, no nos encontramos ante un nuevo proceso de carácter autónomo, sino en la última fase del declarativo.

Remitir a las partes a los trámites de los artículos 782 y siguientes, conforme realiza el Juzgador *a quo*, implica el condenarles a una vía muerta, pues ésta resulta totalmente inadecuada al fin propugnado, al no encontrarnos ante una partición hereditaria sino, como se ha expuesto, en un procedimiento liquidatorio de la sociedad de gananciales que tiene en la Ley un marco perfectamente definido en los artículos 806 y siguientes, y respecto del que si bien los únicos legitimados son, en principio, los propios cónyuges, no puede negarse tal condición a quienes, por la muerte de aquéllos, son sus herederos, ocupando, en sus relaciones jurídicas, ya sustantivas o bien procesales, la misma posición que el causante.

En consecuencia, debe declararse la viabilidad del trámite que propugna el hoy apelante, lo que conlleva igualmente la competencia del Órgano *a quo*, de conformidad con lo prevenido en el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es posible la práctica de la liquidación del haber ganancial en el seno del procedimiento de división de herencia, por elementales razones de economía procesal, al tratarse la división judicial de la herencia de un juicio universal con *vis atractiva* de los procedimientos relativos a la formación de la masa partible, encontrarse ambas liquidaciones íntimamente vinculadas entre sí, no advertirse lesión para el derecho de defensa de las partes ni disminución de sus garantías procesales.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Auto de 29 de marzo de 2005

La primera de las cuestiones hace referencia a la necesidad de proceder con carácter previo a la liquidación de la sociedad de gananciales de los causantes esposos Jaime y Rita fuera del procedimiento de división judicial de la herencia promovido, previsto en los artículos 782 y siguientes de la LEC.

Si bien es cierto la existencia en la vigente Ley Procesal Civil de un trámite procedimental propio para la liquidación del régimen económico-matrimonial, cuya regulación viene contemplada en los artículos 806 y siguientes de la LEC, al extremo de poder hacer pensar en la necesidad de su sustanciación de forma independiente al procedimiento de división de las herencias de los cónyuges, dada la normativa contenida en el artículo 77.1 de la LEC que no permite la acumulación de procesos con diferente tramitación, según criterio sostenido por algunos juristas, entre los que cabe citar el Magistrado Sr. Seoane Spiegelberg, cabe estimar posible la práctica de la liquidación del haber ganancial en el seno del procedimiento de división de herencia, por elementales razones de economía procesal, al tratarse la división judicial de la herencia de un juicio universal con *vis atractiva* de los procedimientos relativos a la formación de la masa partible, encontrarse ambas liquidaciones íntimamente vinculadas entre sí, no advertirse lesión para

el derecho de defensa de las partes ni disminución de sus garantías procesales, y, a mayor abundamiento, en un caso como el presente de fallecimiento de los dos cónyuges causantes, por semejar diseñado el procedimiento previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC para los supuestos de liquidación entre cónyuges vivos, que pueden exteriorizar su consentimiento en orden a la distribución de los bienes comunes.

De ahí que la cuestión planteada no suponga obstáculo para poder llevar a cabo la división judicial de las herencias de los causantes progenitores de las dos hermanas contendientes.

Tramitación de la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia en un solo procedimiento y siguiendo los trámites previstos en la LEC para esta última.

AP Castellón, Sec. 1.ª, Auto de 29 de abril de 2005

El Juzgado de instancia considera más ajustado a la regulación actual el criterio contrario, argumentando que a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento de uno de los cónyuges es aplicable el procedimiento especial regulado en los artículos 806 y siguientes LEC, siendo incuestionable que si se disuelve el régimen económico-matrimonial por el fallecimiento de uno de los cónyuges, con carácter previo a la partición de herencia, es necesario propiamente liquidar el régimen económico para determinar el caudal relicto, contemplando la nueva LEC dos procedimientos absolutamente diferenciados para cada una de esas liquidaciones, por lo que atendido el contenido del artículo 1410 CC y artículos 73 y 77 LEC deberá liquidarse primero la sociedad conyugal y una vez determinado el haber partible deberá acudir a ser preciso al procedimiento para la división de herencia, sin que por otro lado el prin-

cipio de economía procesal pueda justificar en estos casos la tramitación conjunta al suponer en la práctica prescindir de la regulación procesal prevista expresamente para la tramitación de cada una de las pretensiones de referencia.

El artículo 71 LEC, a semejanza de la regulación legal anterior, admite la acumulación objetiva de acciones con mucha amplitud, sin exigir mayor conexión que la identidad subjetiva, siendo el único límite a dicha acumulación la incompatibilidad entre las acciones ejercitadas, y en ese sentido la nueva LEC, como ya hacía el artículo 154 LEC de 1881, define como acciones de ejercicio incompatible aquellas que se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, estableciendo el artículo 73 LEC los requisitos de carácter general que deben concurrir para que proceda la acumulación de acciones.

La STS de 3 de octubre de 2002 señala que la jurisprudencia sobre acumulación de acciones se caracteriza por las notas siguientes: 1.ª) Flexibilidad, en el sentido de ser admisible la acumulación aunque el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dicción del artículo 156 si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los artículos 154 y 157.2.ª) Distinción entre título, como negocio jurídico, y causa de pedir, concepto más amplio, como hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como acaecimiento de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir las consecuencias jurídicas determinantes de su petición o, si se quiere, como relato histórico en que se funda la demanda. 3.ª) Relevancia primordial de la conexión jurídica o conexión causal entre las acciones ejercitadas como criterio para medir la identidad de su causa de pedir, la pertinencia de su acumulación y la justificación de tratamiento procesal unitario y decisión por una sola sentencia. 4.ª) Evitación de dilaciones indebidas siempre que no se limiten los medios de defensa e impugnación (SSTS de

7 de febrero de 1997, 3 de octubre de 2000, 10 de julio de 2001).

También la denominada jurisprudencia menor se ha pronunciado sobre estas cuestiones, indicando la SAP de Palencia de 12 de diciembre de 2001 que las acciones de liquidación de la sociedad de gananciales y de partición y adjudicación de bienes hereditarios no son incompatibles por cuanto no se excluyen ni son contrarias entre sí, antes al contrario, el ejercicio de una de las acciones es necesario para realizar la otras, y el hecho de posibilitar el conocimiento de estas acciones simultáneamente aporta claros beneficios, tanto de carácter económico como en orden a la agilización en la resolución de los conflictos litigiosos, y asimismo la SAP de Almería de 18 de julio de 2002 viene a decir que si bien la liquidación del régimen económico de gananciales habría de tramitarse en principio por las normas de los artículos 806 y siguientes LEC, dado que las personas respecto a la partición de herencia son las mismas y no se ocasiona una especial complejidad al procedimiento por la práctica de la liquidación, nada se opone a que se realice dicha liquidación en ese momento y se determinen los bienes que pertenecían a cada uno de los cónyuges, para saber lo que pertenece a la herencia del fallecido, y pueda ser incluido en el inventario, para su posterior división, señalando en parecidos términos la SAP de Asturias de 18 de noviembre de 2002 que independientemente de que la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de herencia son operaciones distintas y la primera es paso previo necesario de esta última cuando, como aquí sucede, la misma la integra la parte en la citada sociedad que correspondía al cónyuge difunto, de hecho en la práctica se realizan ambas operaciones de manera conjunta, de ahí que no exista duplicidad alguna de procedimiento.

Es de significar, por otro lado, que si bien el ámbito de aplicación del procedi-

miento para la liquidación del régimen económico-matrimonial de los artículos 806 y siguientes LEC tiene un alcance mayor que el simplemente derivado de las sentencias de nulidad, separación o divorcio, del artículo 807, en interpretación conjunta con el artículo 808, se desprende que la nueva LEC no está contemplando expresamente la liquidación de la sociedad conyugal cuando ésta se ha disuelto como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, lo que ha llevado a algunos autores —MARTINELL, OLIVER LÓPEZ, VEGA TORRES— a considerar que tal liquidación deberá efectuarse a través del procedimiento para la división de herencia regulado en los artículos 782 y siguientes LEC, a tenor de la remisión del artículo 1410 CC, cuando exista conflicto entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, y asimismo dice el profesor MONTERO AROCA que «cuando el régimen económico-matrimonial se ha disuelto por muerte de una de esas personas existirá, sin duda, una comunidad posmatrimonial entre el cónyuge vivo y los herederos del muerto, pero su división no se hará acudiendo de modo directo a este procedimiento sino por el anterior de división de la herencia», para añadir a continuación que «no se trata de que en el procedimiento de la LEC se esté pensando principalmente en la liquidación del régimen-económico matrimonial de manera dependiente respecto de un proceso matrimonial, pues puede tratarse de otro proceso en el que se inste la disolución de la sociedad de gananciales, por ejemplo, por alguna de las causas del artículo 1393 CC, sino de que la misma existencia del procedimiento específico se explica desde la vida de los cónyuges o ex cónyuges, pues una vez muerto uno de ellos carece de sentido».

Partiendo de las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que anteceden, no encuentra esta Sala razón alguna de índole sustantiva o procesal que impida en este caso la acumulación solicitada. En efecto, no se cuestiona que la sociedad de gananciales

quedó disuelta por la muerte de uno de los cónyuges y que desde el momento en que no se procede a la liquidación surge una comunidad posganancial que existe desde ese fallecimiento y que recae sobre el conjunto de ésta (SSTS de 11 de mayo de 2000, 10 de junio de 2004), cuyo régimen ya no puede ser el de una comunidad de gananciales sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria en la que cada comunero, el cónyuge supérstite y los herederos, ostentan una cuota abstracta sobre todo el ganancial, igual que en la comunidad hereditaria, que subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial y hasta que se materialice la división (STS de 7 de noviembre de 1997), lo que en definitiva conlleva que previamente a la partición de la herencia del causante se practique la liquidación de la referida comunidad de bienes (STS de 17 de octubre de 2002), pero es igualmente cierto que si no existe acuerdo sobre el modo de practicar la liquidación continuará el procedimiento por las normas previstas para la partición de herencia, por lo que de nuevo, y al igual que sucedía en la legislación derogada, se configura un único procedimiento desapareciendo toda especialidad para la liquidación del régimen económico-matrimonial. Ahora bien, en el supuesto concreto de autos se pretende iniciar un procedimiento de división de herencia sin haber realizado antes la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que a fin de evitar cualquier posible confusión de trámites y conceptos en la doble liquidación que se pretende realizar a través de un solo procedimiento, resulta evidente que para llevar a cabo la división de herencia del Sr. Antonio será necesario conocer previamente su patrimonio, para realizar después, y por este orden, la división hereditaria correspondiente. La solución dada por el Juzgado, que podría calificarse de formal o teóricamente correcta, obligaría no obstante a los interesados a la reproducción de una serie de actuaciones que, por la remisión a la indicada normativa, habían quedado ya practicadas, sin resultado eficaz alguno, lo cual entraría en abierta

contradicción con elementales principios de economía procesal.

En todo caso resulta incuestionable la conexión jurídica entre las acciones ejercitadas, lo que justifica su tratamiento procesal unitario, sin que las posibles especialidades procesales constituyan razón bastante para descartar la conclusión antedicha, viniendo así a refrendar la inexistencia de impedimento a la acumulación que pudiera derivar de tal circunstancia, puesto que, como señala STS de 10 de julio de 2001, la notoria conexidad de las acciones justifica el tratamiento procesal unitario y decisión judicial correspondiente, en la línea jurisprudencial que ha relativizado y flexibilizado la aplicación estricta, en orden a los requisitos de carácter procesal que deben concurrir para que proceda la acumulación de acciones, cuando las garantías del proceso seguido no limitan los medios de defensa e impugnación y ninguna indefensión se produce al respetarse las exigencias previstas en el artículo 24 CE.

Admisibilidad de que la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento de uno de los cónyuges pueda sustanciarse por los trámites previstos en los artículos 806 y siguientes de la LEC, aun cuando se reconoce también la posibilidad de acudir a los trámites de la partición de la herencia.

AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 7 de junio de 2005

La cuestión suscitada se contrae a la legitimación del heredero, cuando uno de los cónyuges ha fallecido, para instar la liquidación de la sociedad de gananciales del causante conforme al procedimiento de los artículos 806 y siguientes LEC, lo que enlaza necesariamente con el artículo 661 del Código Civil, a cuyo tenor los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. Sucesión

que conforme señala el TS, entre otras en S. de 14 de noviembre de 1986, otorga a los herederos como continuadores de su personalidad la facultad de ejercitar las acciones que a éste le asistían y que no se extinguen con la muerte, como sucede con las personalísimas de separación, nulidad o divorcio.

De otra parte cabe reseñar sucintamente la doctrina Jurisprudencial según la cual la denominada comunidad posganancial «existe desde que se disuelve la ganancial pero no se liquida y es una comunidad de tipo romano, pro indiviso, regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, pero no recae la comunidad sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma», SSTs de 23 de diciembre de 1993, 28 de septiembre de 1998 y 11 de mayo de 2000.

Es por tanto indiscutible la legitimación de los herederos de uno de los cónyuges para instar la liquidación de la comunidad posganancial. Sin embargo se presenta controvertido el cauce procesal a seguir, pese a existir en la Ley de Enjuiciamiento Civil normas específicas en relación con la división de la herencia, artículos 282 y siguientes, y liquidación del régimen-económico matrimonial, artículos 806 y siguientes, pues el supuesto estudiado no encuentra acomodo expreso en ninguno de ellos. Así de la propia expresión literal de los artículos que regulan la liquidación del régimen económico-matrimonial parece desprenderse que ésta necesariamente deba llevarse a cabo, conforme a esas normas, por los cónyuges y como consecuencia de la disolución del régimen económico-matrimonial por causa de nulidad, separación o divorcio o cualquier proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico-matrimonial. Por tanto en nada se prevé el procedimiento de liquidación cuando la causa de la disolución se produzca, conforme al artículo 1392.1.º en relación con el artículo 85 ambos

de Código Civil, por la muerte de uno de los cónyuges.

Si la muerte sobreviene tras la iniciación del procedimiento de liquidación cabría aplicar sin ninguna duda la sucesión procesal, en los términos del artículo 16.1 de la LEC, según el cual «cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos». Lo que es muestra de que procesalmente es factible que efectivamente los herederos ocupen la posición de uno de los cónyuges en el juicio de liquidación del régimen económico-matrimonial.

La doctrina jurisprudencial se muestra, en el ámbito de las Audiencias Provinciales, favorable a la procedencia de admitir la incoación, según los artículos 809 y concordantes de la LEC, del procedimiento de formación de inventario a instancia de los herederos de una de los cónyuges, pues aunque es cierto que sólo hacen referencia a los «cónyuges», ello no puede excluir, en caso de fallecimiento de éstos, el que la correspondiente acción sea ejercitada, o en su caso continuada, por sus herederos. Entenderlo de otro modo supone una concepción absolutamente rígida y estanca de los condicionantes procedimentales que mal se concilia con las previsiones del citado artículo 661 Código Civil, en su necesaria conexión con el artículo 3.º del mismo texto legal, según el cual las normas han de interpretarse, no sólo según el sentido propio de sus palabras, sino también en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Se impone, en consecuencia, una interpretación coherente y sistemática de las fórmulas legales utilizadas, en armonía con las exigencias del artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial a toda

las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos; y no puede negarse dicha condición jurídica a los herederos de una persona fallecida, en relación con las acciones de que ésta era titular, a salvo las de carácter personalísimo, no pudiendo encuadrarse entre éstas, y conforme a lo ya expuesto, las relativas a la liquidación del régimen económico-matrimonial. La falta de previsión expresa en relación al procedimiento de disolución y liquidación del régimen económico-matrimonial en el supuesto de muerte o declaración de fallecimiento, no impide aplicar el procedimiento especial de los artículos 806 y siguientes de la LEC, pues incluso la eventual incertidumbre sobre la competencia, artículo 807 de la LEC, cuando la disolución del régimen económico-matrimonial tiene causa distinta a las derivadas de separación, nulidad, divorcio o cualquier otra que requiera declaración judicial, puede resolverse conforme a las reglas generales sobre competencia establecidas en los artículos 50 y siguientes de la LEC. Otra interpretación conduce al criterio irrazonable de que pese a existir el citado procedimiento especial, si la causa de la disolución es el fallecimiento de uno de los cónyuges, los herederos deberían acudir al procedimiento ordinario, situación no razonable que igualmente cabría aplicar cuando sea el cónyuge viudo quien promueva la liquidación frente a los herederos del fallecido.

De otra parte, en el supuesto de existir un solo heredero evidentemente carecería de sentido la partición de la herencia, al no existir comunidad hereditaria, aunque sí serían necesarias otras actuaciones como la liquidación del régimen económico-matrimonial, entrega de legados, pago de deudas, etc. En cualquier caso debe asimismo destacarse, con la Jurisprudencia, que toda partición requiere como presupuesto o elemento esencial, la determinación del patrimonio hereditario del causante a los efectos de conocer los bienes de su titularidad suscepi-

bles de ser transmitidos y repartidos entre sus herederos, pero para ello es necesario previamente proceder a la liquidación del régimen económico-matrimonial del causante, SSTs de 8 de marzo de 1985, 20 de febrero y 17 de octubre de 2002. Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, ponen de relieve la exigencia de liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención de los herederos de la primera esposa del causante.

Por lo expuesto puede razonablemente entenderse que la indiscutida acción que los herederos poseen para exigir la liquidación del patrimonio ganancial de su causante, encuentra cauce procesal adecuado en las normas correspondientes de los artículos 806 y concordantes LEC.

No obstante lo anterior, dados los términos en que se propone el recurso, debemos hacer una expresa mención a la alternativa procesal que ofrece, con plena viabilidad, el procedimiento de división de herencia como cauce para asimismo liquidar la comunidad ganancial. Así resulta de la jurisprudencia según la cual entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores se encuentra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo, SSTs de 18 de abril de 1928, 10 de enero de 1934, 17 de abril de 1947, 8 de marzo de 1995 y 17 de octubre de 2002 y las RDGRN, citadas en esta última, de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914. Doctrina que además en el presente tiene plena vigencia con la expresa incorporación de una norma, artículo 783.2 de la LEC, que impone la necesidad de citar al cónyuge sobreviviente. A ello cabe añadir que de existir disconformidad, lo que es obvio cuando se insta el procedimiento judicial, la tramitación del procedimiento se unificaría en el punto del artículo 810.5 de la LEC (falta de acuerdo en la liquidación del patrimonio ganancial) con la remisión

que hace a los artículos 785 y siguientes de la LEC, relativos a la división de la herencia. En definitiva es asimismo posible seguir en el procedimiento de división de herencia la liquidación del patrimonio ganancial del causante.

De lo expuesto debe concluirse que, sin perjuicio de la procedente liquidación del régimen económico-matrimonial del cónyuge muerto dentro del proceso y procedimiento de división de la herencia por él causada, también es posible y procedente la liquidación judicial del régimen económico-matrimonial a instancia de los herederos o alguno de ellos, por el cauce del procedimiento previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC. Por ello el recurso debe ser estimado en los términos de ordenar la continuación del procedimiento de liquidación del régimen económico-matrimonial instado, con citación de los demás herederos y del cónyuge viudo.

Cuando la disolución de la sociedad de gananciales ha tenido lugar por el fallecimiento de uno de los cónyuges, la liquidación de dicha sociedad debe hacerse dentro de las operaciones particionales y no por los trámites de los artículos 806 a 811 de la LEC.

AP Madrid, Sec. 25.^a, Auto de 31 de julio de 2007

Resulta evidente e incuestionable la inadecuación del procedimiento especial establecido en los artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la liquidación del régimen económico-matrimonial de comunidad disuelto como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges (artículos 85 y 1392.1 del Código Civil); pues es claro que en tales supuestos la disolución del régimen económico-matrimonial en cuestión no deriva de un pronunciamiento judicial, sino que deriva, por expresa disposición legal, del hecho de la muerte.

Y ello es, por otra parte, totalmente lógico y evidente, porque el fallecimiento del cónyuge determina, de conformidad con lo establecido en los artículos 657, 659 y 661 del Código Civil, la apertura de su sucesión; lo que exige, evidentemente, la determinación de lo que es objeto de la herencia, que, no puede olvidarse, comprende, conforme al citado artículo 659 del Código Civil, los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. Y esta determinación, en los supuestos de supervivencia del cónyuge del causante habrá de hacerse, necesariamente, dentro de las correspondientes operaciones particionales, habida cuenta de que en tales supuestos, aun en el caso de que exista un único heredero, la partición de la herencia resulta necesaria a fin de concretar los derechos legitimarios del cónyuge viudo establecidos en los artículos 834 a 840 del Código Civil. De este modo, al devenir necesaria la previa liquidación del régimen económico-matrimonial para determinar el verdadero y concreto caudal hereditario del causante, es evidente e incuestionable que tal liquidación ha de efectuarse dentro de las propias operaciones particionales, pues no puede olvidarse, en este punto, lo establecido en los artículos 1379 y 1380 del Código Civil, conforme a los cuales, cada cónyuge puede disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales, produciendo la disposición testamentaria del bien ganancial todos sus efectos si éste fuere adjudicado a la herencia del testador, y en caso contrario, habrá de entenderse legado el valor que tuviera el bien al tiempo del fallecimiento. Por consiguiente, si la liquidación del régimen económico-matrimonial del causante ha de efectuarse dentro de las correspondientes operaciones particionales de su herencia, es evidente que en el supuesto de partición judicial, conforme a lo establecido en el artículo 1059 del Código Civil, la liquidación del régimen económico-matrimonial habrá de efectuarse dentro del correspondiente procedimiento particional, esto es, el regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en sus artículos 782 a 805.

Casos prácticos

I REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Después de que se dictase sentencia de separación, los cónyuges han vuelto a convivir e incluso ha habido nueva descendencia. La cuestión es que, tras la separación, se liquidó la sociedad de gananciales, pero todos los bienes han seguido siendo utilizados por la familia, incluso algunos de ellos se han vendido y han adquirido nuevos bienes en común. Ahora ha surgido de nuevo la crisis y se plantea la cuestión relativa al régimen económico que ha venido rigiendo entre los cónyuges tras la reconciliación.

Conforme a lo establecido en el artículo 1392.3 del CC la sociedad de gananciales se disuelve «Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges». Por tanto, si se dictó sentencia de separación y los cónyuges se reconcilian posteriormente, el régimen económico-matrimonial vigente es el de separación de bienes, por lo que para optar por el régimen de gananciales, tras poner la reconciliación en conocimiento del juez, tendrán que otorgar capitulaciones matrimoniales (artículos 1443 y 1444 del CC).

Si los cónyuges, con ocasión de la separación, liquidaron la sociedad de gananciales y se adjudicaron los distintos bienes y deudas que componían el activo

y el pasivo, dicha adjudicación tiene carácter firme, y salvo que concurra alguna causa de nulidad o de rescisión, tendrán que estar a lo acordado. Por tanto, la reconciliación de los cónyuges no afectará para nada a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Si los cónyuges optan de nuevo por la sociedad de gananciales, cuando se inicie ésta, los bienes que se adjudicaron al liquidarse la «primera sociedad de gananciales» tendrán carácter privativo, salvo que efectúen aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales.

2 PENSIÓN COMPENSATORIA

Hace diez años se dictó sentencia de divorcio fijándose a favor de la esposa una pensión compensatoria sin limitación temporal alguna que ha venido percibiendo desde aquella fecha habiéndose aplicado las correspondientes actualizaciones. El esposo pretende ahora en un procedimiento de modificación de medidas la extinción de aquella pensión alegando el tiempo transcurrido (10 años) en relación con la duración del matrimonio (5 años) sin que hubiese descendencia. Igualmente alega que durante este tiempo la esposa no ha tomando la iniciativa para buscar ningún trabajo con el que obtener ingresos y subvenir

a sus propias necesidades. ¿Puede admitirse esta tesis?

Aunque es cierto que existen algunas resoluciones aisladas que acuerdan la extinción de la pensión compensatoria en supuestos similares al que se comenta fundamentándose la decisión en un abuso de derecho y en que el desequilibrio que pudo producir el divorcio está totalmente compensado, el criterio mayoritario entre la jurisprudencia entiende que elementales principios de seguridad jurídica, en cuanto dimanantes del de cosa juzgada, impiden esgrimir y aceptar judicialmente, el mero transcurso de los años como causa extintiva de un derecho que nació sin límite alguno en tal entorno, pues ello supondría no sólo la elusión de una sentencia firme, sino también de las previsiones del artículo 101 del Código Civil, que sólo admite como circunstancias determinantes del cese de la pensión la desaparición de la causa que motivó su reconocimiento, el nuevo matrimonio del beneficiario o su convivencia marital con persona distinta de quien fue su cónyuge.

3 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Dentro del lote que me correspondía en la liquidación de la sociedad de gananciales se me adjudicó el inmueble en el que vive mi ex esposa. He presentado demanda de ejecución para que se proceda al lanzamiento pero, ante la oposición de mi ex esposa, el Juzgado ha desestimado la demanda ejecutiva. ¿Qué puedo hacer?

La cuestión planteada presenta una importante controversia ya que si bien desde el punto de vista formal hay que tener en cuenta que el auto o sentencia que pone fin a la liquidación de la socie-

dad de gananciales contiene únicamente pronunciamientos declarativos, también habrá que tener presente que el artículo 788 de la LEC (aplicable a la liquidación de gananciales por remisión del artículo 810 de la LEC) indica que aprobadas definitivamente las particiones, se procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos por el actuario notas expresivas de la adjudicación.

Parece que el Juzgado ha optado por aplicar la causa de oposición del artículo 559.3.º de la LEC, es decir, nulidad del despacho de ejecución por no contener la resolución a ejecutar pronunciamiento de condena. Si esta resolución es firme, parece que no queda otra opción que presentar una demanda de desahucio por precario.

4 VIVIENDA FAMILIAR

Los cónyuges contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes hace diez años y junto a ellos conviven dos hijos de la esposa fruto de un matrimonio anterior. La residencia se ha fijado en un inmueble que pertenece en pro indiviso a ambos cónyuges. Surgida la crisis de pareja, ¿tiene preferencia la esposa para la atribución del uso de la vivienda en base a la existencia de hijos menores?

El artículo 96 CC sólo protege el interés de los hijos comunes y de los cónyuges. Las medidas derivadas de la separación o divorcio sólo pueden ir referidas a la familia a que se refiere el procedimiento, y no a los miembros de otra familia que ni son parte ni tienen ningún interés legítimo en el pleito. No obstante, si la esposa acredita que su interés es

el más necesitado de protección podrá obtener en su caso la atribución del uso de la vivienda familiar, pero para valorar este interés, no puede tenerse en cuenta la existencia de los hijos no comunes.

5 PENSIÓN ALIMENTICIA

El padre era propietario junto a sus dos hermanos de una parcela rústica que, por no ser objeto de explotación, carecía de rendimientos económicos. Por su profesión de administrativo percibía 1.400 euros mensuales, por lo que en el procedimiento de separación se fijó una pensión alimenticia para los dos hijos de 470 euros. Ahora, tras una recalificación urbanística se ha vendido la parcela y ha correspondido a cada uno de los hermanos la cantidad de 800.000 euros. ¿Estamos ante una alteración de circunstancias que permiten solicitar un aumento de la pensión alimenticia?

El dinero obtenido por la venta de la parcela implica evidentemente una mejora de las posibilidades económicas del padre que, conforme a lo establecido en el artículo 147 del CC, darán derecho a un incremento de la pensión alimenticia de los hijos ya que éstos tienen derecho a beneficiarse del progreso económico de sus padres. Debe tenerse en cuenta que la cantidad dineraria que va a percibir la puede emplear en inversiones de algún género que pueden reportarle unos determinados beneficios.

6 DIVISIÓN DE COSA COMÚN

En el convenio de liquidación se acordó poner a la venta el inmueble ganancial al precio de 240.404,48 euros, durante dos meses, con rebaja, por otro período

igual, al precio de 228.384,60 euros, «... y, si no fueran vendidos cualquiera de los dos cónyuges podrá abonar su mitad al otro; en todo caso, los cónyuges se reservan la posibilidad de adquirir por igual precio con preferencia de tercero los referidos inmuebles urbanos». Ahora, ambos cónyuges quieren quedarse con la vivienda compensando al otro con la mitad del importe pactado. ¿Qué solución jurídica tiene la cuestión?

Parece que en el convenio sólo se contempló la posibilidad de que uno de los cónyuges optase por la compra del inmueble, pero no está previsto qué pasa si ambos cónyuges quieren comprarlo. Ante esta falta de previsión, no queda más remedio que acudir a las normas de división de cosa común que se contienen en los artículos 400 y siguientes del CC que finalizan en la subasta pública con admisión de licitadores extraños.

7 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Presentada por la madre una demanda de ejecución reclamando la pensión alimenticia de los hijos, éstos han comparecido ante notario y han efectuado unas manifestaciones indicando que no autorizan a la madre a reclamar las pensiones alimenticias. El padre se ha opuesto a la ejecución adjuntando a su escrito una copia del acta notarial ¿tendrá alguna consecuencia sobre la demanda de ejecución la manifestación de los hijos?

Si los hijos conviven en el domicilio familiar y aún son dependientes económicamente, la «desautorización» a la madre para reclamar alimentos que éstos han efectuado por vía notarial carece de eficacia, ya que aun cuando sean los hijos los destinatarios de la pensión alimenticia que se fijó en la sentencia de

divorcio, la madre, que es el progenitor con quien conviven aquéllos, es la persona encargada de la administración de la pensión.

Por el contrario, si los hijos han alcanzado la independencia económica, vivan o no en el domicilio familiar, la madre carece de legitimación para reclamar estas pensiones.

8 CUESTIONES PROCESALES

¿Puede el tribunal en el procedimiento de divorcio fijar de oficio una limitación temporal a la pensión compensatoria que se estableció en la separación cuando la parte demandada sólo ha pedido la extinción o en su caso la reducción de su cuantía?

Cuando se solicita la reducción del importe de la pensión compensatoria, pero no su extinción ni limitación temporal, es incongruente la sentencia que establece tal limitación.

9 VIVIENDA FAMILIAR

En el procedimiento de divorcio la esposa ha solicitado que se le atribuya a ella el uso de la vivienda familiar por ser su interés el más necesitado de protección. Dado que la esposa trabaja y que no existen hijos dependientes económicamente de los progenitores, la medida de atribución del uso es la única que se ha solicitado junto con el pronunciamiento principal relativo al divorcio. El esposo no ha comparecido en autos. La sentencia ha acordado atribuir dicho uso a la esposa por períodos alternativos de seis meses. ¿Es incongruente este pronunciamiento?

Entendemos que cuando la parte actora solicitó la atribución del uso de la vivienda familiar y el demandado no se personó en autos y fue declarado en rebeldía, no procede que se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por períodos alternativos de seis meses, ya que al no existir hijos menores, se trata de una medida de carácter dispositivo que no puede concederse si no hay petición de parte. Por tanto, es incongruente la medida acordada por el Juzgado.

10 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se está tramitando la liquidación de la sociedad de gananciales y en la fase de inventario uno de los cónyuges pretende incluir en el activo de la sociedad de gananciales un inmueble, dándose la circunstancia de que actualmente éste se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de un tercero ¿será esto un obstáculo para que el inmueble pueda incluirse en el inventario de la sociedad?

La inscripción en el Registro de la Propiedad de un bien o derecho a favor de persona concreta no tiene eficacia constitutiva, sino que únicamente instaura la presunción *iuris tantum* a favor del titular, conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, por lo que en modo alguno la falta de inscripción de un bien a favor de la sociedad ganancial podrá considerarse obstáculo para que se le incluya en el inventario a los efectos de su liquidación. Ello, sin perjuicio, claro está, del derecho que sobre el inmueble pueda tener el tercero que será una cuestión objeto de otro procedimiento y de la ineficacia del convenio a efectos de modificar la inscripción registral.

II VIVIENDA FAMILIAR

Tras contraer matrimonio los cónyuges adquirieron una parcela con la finalidad de edificar la vivienda familiar. Hasta que llegase ese momento alquilaron un inmueble. Antes de que se terminase la construcción (sólo faltaban los retoques finales y la obtención del permiso de primera ocupación) surgió la crisis de pareja y la esposa presentó la demanda de separación solicitando que se le atribuya el uso de la vivienda de nueva construcción. El esposo se opone al entender que dicha vivienda nunca ha constituido el domicilio familiar y por tanto no puede ser atribuido su uso a ninguno de los cónyuges. ¿Tiene base jurídica la petición que realiza la esposa?

Si está acreditado sin duda alguna que la vivienda fue construida para que le sirviera de hogar familiar y que, en tanto se han hecho las obras, transitoriamente la familia ocupó una vivienda en alquiler, no debe existir ningún obstáculo para que pueda atribuirse el uso de la misma a los hijos y al cónyuge al que se le otorga la custodia, dado que la voluntad de los cónyuges era trasladarse a la que se estaba construyendo nada más terminasen las obras, y éstas están prácticamente finalizadas.

I2 PENSIÓN COMPENSATORIA

Se ha tramitado un procedimiento de divorcio en el que han sido parte dos colombianos que residen en nuestro país. La demanda se presentó por la esposa que solicitó, además del divorcio, que se le atribuyera la guarda y custodia de los hijos y una pensión alimenticia para aquéllos de 450 euros mensuales, solicitando igualmente una pensión compen-

satoria para ella en cuantía de 300 euros. El juzgado ha estimado la demanda si bien no ha fijado pensión compensatoria para la esposa en base a que la legislación colombiana no contempla este tipo de pensión. ¿Podría aplicarse en estos casos la legislación española en base a lo establecido en el artículo 107 del CC?

Conforme indica el artículo 9 del CC «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo». En este caso la nacionalidad colombiana de ambos —que contrajeron matrimonio en su país— motiva que se aplique el Código Civil de Colombia. Para que pudiese aplicarse la legislación española sería necesario que se acreditase que la legislación colombiana es discriminatoria para la mujer, y no puede tacharse de discriminatoria porque no contemple la institución de la pensión compensatoria, toda vez que los artículos 411 y siguientes del Código Civil colombiano establecen una prestación de alimentos entre los cónyuges denominada «alimentos congruos», que son los que debieron solicitarse.

I3 GUARDA Y CUSTODIA

Ante las reiteradas faltas de asistencia del menor a clase, el padre entiende que es procedente solicitar el cambio de guarda y custodia. ¿Puede tener éxito esta pretensión?

Como no estamos ante un supuesto en el que el menor se aplique más o menos en los estudios (lo que sin duda podría deberse a numerosos factores ajenos incluso a los progenitores) sino ante una inasistencia reiterada del menor al colegio, es evidente que el progenitor no custodio no está cumpliendo con las obligaciones que asumió al serle otorga-

da la custodia, y en principio se dan los requisitos para que el progenitor no custodio solicite el cambio de custodia. No obstante, al no configurarse como una causa automática deberá acreditarse que los intereses del menor estarán mejor atendidos con él y que no tiene ningún impedimento ni existe obstáculo alguno para que se le atribuya la custodia.

14 PENSIÓN ALIMENTICIA

Los hijos, ya todos mayores de edad, han venido percibiendo la pensión alimenticia de su padre, aun cuando todos ellos, con el paso del tiempo, han ido alcanzado plena independencia económica. El padre, que vive en otra población muy alejada del lugar de residencia de los hijos, al tener conocimiento de estos hechos ha solicitado en un procedimiento de modificación de medidas la extinción de las pensiones y al mismo tiempo la devolución de todo lo percibido desde que dejaron de tener derecho a la pensión. Los hijos se han allanado a la petición de extinción si bien se han opuesto a la reclamación de las pensiones alimenticias atrasadas.

Por lo que respecta a la eficacia retroactiva de la sentencia que suprime una pensión fijada con anterioridad no existe un criterio unánime en las distintas Audiencias Provinciales, que siguen, en principio, tres soluciones distintas y posibles: la que establece el inicio de los efectos en el momento de la interposición de la demanda instando la supresión, la que lo fija en la sentencia de primera instancia que la acuerda y la que lo señala en el momento de la sentencia firme (la de segunda instancia si ha existido apelación). Y es posible encontrar argumentos para defender cada una de

esas soluciones. Ahora bien, esas soluciones pueden servir en la generalidad de los casos en los que se pueden plantear unas ciertas dudas en la procedencia de la modificación o de la supresión, pero no en otros en los que sí existe una mayor unanimidad en tales Audiencias a la hora de admitir la posibilidad de devolución (o bien de no abonar las cantidades reclamadas, si éstas se exigen en un proceso de ejecución del título judicial), en concreto, en aquellos casos en que se ha producido un enriquecimiento injusto o bien ha existido un manifiesto abuso de derecho, es decir, cuando constatada sin ninguna duda la extinción del derecho sobre la base de lo prevenido del artículo 152 del Código Civil (que opera de forma automática y sin necesidad de una declaración judicial), se pretende «con manifiesto abuso de derecho, prolongar, por meros motivos formales, ... una obligación que legalmente había fenecido, lo que conduciría, de estimarse su pretensión, a un enriquecimiento sin causa, que no puede ser amparado judicialmente» (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de enero de 2001).

15 GASTOS EXTRAORDINARIOS

En el convenio regulador se pactó que el padre, previa justificación del gasto, contribuirá con la mitad de los gastos extraordinarios de las menores, tales como material escolar, excursiones, libros de texto, rehabilitación, así como los gastos médicos en general y medicinas. La madre ha presentado demanda de ejecución reclamando el pago del fisioterapeuta. ¿Podrá oponerse el padre alegando la falta de consentimiento previo?

No entendemos que dicha oposición pueda prosperar, ya que en el convenio

expresamente estaba especificado el gasto de rehabilitación, lo que determina que la exigencia de los gastos de fisioterapia que se reclaman no esté subordinada al consentimiento o aceptación por el padre, a diferencia de lo que sucedería, por ejemplo, con otros gastos extraordinarios no previstos expresamente.

16 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Tras no abonar el esposo la pensión alimenticia y compensatoria durante bastante tiempo, se ha presentado una demanda de ejecución reclamando el pago de una importante cantidad de dinero. En el auto despachando ejecución se ha acordado el embargo de bienes propiedad del demandado para cubrir lo que se reclama por principal, intereses y costas. El esposo se ha opuesto a la ejecución proponiendo la cesión de bienes (concretamente la del inmueble embargado) en pago de la deuda. ¿Puede admitirse este medio de pago para dar por finalizada la ejecución?

Conforme previene el artículo 556 LEC, tratándose de títulos judiciales, como en el caso acaece, tan sólo son admisibles, como motivos de oposición, el pago o cumplimiento de lo ordenado en sentencia, que habrá de acreditarse documentalmente, así como la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos o transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos o transacciones consten en documento público.

En el supuesto examinado el ejecutado no se opone en base a alguna de estas causas, ya que hace referencia tan sólo a un ofrecimiento de pago que no

reúne los requisitos al efecto exigidos por el artículo 1176 del Código Civil ni, en los términos propuestos, los de una cesión de bienes en pago (artículo 1175), al afectar ésta precisamente al bien que, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 553.4.º LEC, ha sido embargado a consecuencia de la demanda ejecutiva, y cuya futura realización dineraria no cumple, en el estado que mantienen las actuaciones, los requisitos del pago a que se refiere el antedicho artículo 556, pues, según previene el artículo 1157 CC, no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía.

17 PATRIA POTESTAD

Los progenitores no se ponen de acuerdo respecto al colegio a que debe acudir el hijo, ya que la madre sostiene que debe ser uno concertado y el padre uno público. El Juez ha decidido otorgar la facultad de decidir a la madre, y el padre ha interpuesto recurso de apelación frente al auto que establece tal facultad, pero el Juzgado no lo ha admitido a trámite por entender que contra éste no cabe recurso alguno. ¿Ello es así?

Efectivamente, la resolución de los conflictos de los progenitores en la toma de decisiones derivadas del ejercicio conjunto de la patria potestad debe sustanciarse por vía del artículo 156 del CC, precepto en el que no se prevé recurso alguno. Desde el punto de vista procesal, este auto tendría un carácter meramente instrumental o interlocutorio, lo que, de conformidad con los artículos 451 y 455 de la LEC, determinaría su exclusión de un posible recurso de apelación.

18 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La sentencia de divorcio confirmó las medidas que se contenían en la sentencia de separación que dictó un juzgado distinto. La madre ha presentado demanda de ejecución de sentencia reclamando prácticamente la totalidad de las pensiones que se han devengado en los últimos años. Como se trata de las mismas medidas, ¿existe algún obstáculo procesal para reclamar en el procedimiento de divorcio todas las pensiones no abonadas?

Evidentemente, existe una falta de competencia funcional del Juzgado que dictó la sentencia de divorcio para conocer de la ejecución de las posibles deudas generadas con anterioridad a la fecha de dicha sentencia. Por tanto, será necesaria la presentación de dos demandas de ejecución distintas sin perjuicio de que posteriormente se solicite la acumulación.

19 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El esposo adquirió un vehículo seis meses antes de contraer matrimonio, entregando el antiguo como parte del precio y financiando el resto con un préstamo que se ha abonado en parte constante la sociedad de gananciales. A los ocho años surge la crisis que termina en divorcio y en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales la esposa alega que el vehículo es privativo y que en el activo debe figurar el valor actualizado de todos los pagos del préstamo que se hicieron constante la sociedad de

gananciales, cuando en la actualidad el vehículo tiene un valor ínfimo. ¿Puede incluirse en el activo el importe actualizado de las aportaciones que hizo la sociedad de gananciales como pago del precio del vehículo?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1357 del CC el vehículo tendrá carácter privativo y respecto a los plazos abonados constante el matrimonio, será de aplicación lo preceptuado en el artículo 1358 del CC «Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación».

No obstante, habrá que tener en cuenta que en el artículo 1398 del CC se indica que «El pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas: 2.^a El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad».

En consecuencia, si el vehículo ha venido siendo utilizado por el matrimonio y ahora el valor que tiene es únicamente el venal, la partida del activo (crédito por las aportaciones gananciales) se equipararía con la del pasivo (valor actualizado de la pérdida de valor del vehículo utilizado en beneficio de la sociedad). A lo sumo, lo que podría incluirse en el activo es, respecto al valor actual del vehículo, el porcentaje que correspondiera a la cantidad aportada constante el matrimonio.

20 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Puede reducirse la cuantía de la pensión compensatoria cuando el actor en su demanda de modificación de medidas únicamente solicitó la extinción de la pensión?

El criterio mayoritario que existe en la jurisprudencia es que este pronunciamiento que no supone incongruencia, por cuanto, aunque no se solicitó subsidiariamente la reducción de la cuantía de la pensión, habiéndose interesado lo más (extinción) puede el Tribunal acordar lo menos (minoración).

Revista de **Derecho de** **familia**

TRIBUNA ABIERTA

¿Puede reconocerse a una conviviente el derecho a visitar y relacionarse con el hijo de su ex compañera?

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada

La problemática que genera el derecho de visita, en la actualidad, es, sin lugar a dudas, uno de los temas más interesantes que tiene planteados el Derecho de Familia en nuestro país.

Sobre este tema me voy a referir a continuación, intentando, a través de la doctrina y de la Jurisprudencia, establecer unas premisas y realizar unas consideraciones jurídicas en orden a su mejor comprensión, sobre todo por parte de los Abogados en ejercicio que han de enfrentarse a este tema en numerosas ocasiones. En este trabajo, únicamente voy a detenerme en un supuesto concreto y que me ha parecido de extraordinaria actualidad, debido a la frecuencia con que, desde mi punto de vista, es posible que se produzca de ahora en adelante: se trata del supuesto en que se reconoce, o no, a la actora el derecho a visitar y relacionarse con el hijo de su ex compañera, no por el hecho de ser allegada, sino por ser progenitora del menor.

Veamos este interesante supuesto, con la obligada referencia a la doctrina y a la jurisprudencia sobre el tema.

El derecho de visitas es, como sabemos, un derecho subjetivo, tal como la Jurisprudencia ha venido admitiendo y, en concreto, me interesa destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, o la dictada por la Audiencia Territorial de Barcelona el 30 de septiembre de 1991.

A la consideración como derecho subjetivo cabe añadir, asimismo –y es crucial, desde mi punto de vista–, la consideración de derecho-deber o de función, asumiendo, de este modo, la distinción entre lo que se llama «derecho subjetivo patrimonial» de aquel derecho subjetivo que no es patrimonial.

Naturalmente, el derecho de visitas ha de establecerse siempre en beneficio –o interés– del hijo menor de edad. Esto quiere decir que la primacía del menor, su interés, su beneficio, es preferente y todo derecho ha de quedar subordinado a este principio. El beneficio del menor va a ser, por tanto, el eje sobre el cual ha de girar el derecho de visitas y nunca hemos de perder de vista este principio.

Hay que entender, en cualquier caso, que «tener en su compañía a los hijos» es un concepto más amplio que el derecho a relacionarse personalmente. Tenerlos en su compañía no es sinónimo, tal como ha puesto de relieve María José BLANCO BAREA(1), de domicilio común. Por eso, el régimen de visitas en los supuestos de separación, nulidad o divorcio incluye los períodos de vacaciones, la pernocta, el comunicarse con los hijos, etc.

¿Qué sucede en el supuesto de las relaciones de hecho –uniones de hecho o extramatrimoniales– de una pareja de personas del mismo sexo, es decir, el supuesto de unión de hecho homosexual?

Últimamente, estudiando este tema, he tenido ocasión de consultar una interesantísima Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, en fecha muy reciente, 23 de julio de 2007, que analiza, en profundidad, esta cuestión.

La Sentencia citada reconoció el derecho de la actora a visitar y a relacionarse con el hijo de su ex compañera, pero no por ser allegada –en este hecho radica precisamente la novedad–, sino por ser progenitora del menor. La Sentencia puso de relieve que había quedado debidamente constatada la existencia de una relación afectiva entre las litigantes, relación de más de once años de duración, y que a su convivencia y a su deseo, hecho realidad, de tener un hijo en común, no cabía sino dar el mismo tratamiento que a cualquier pareja heterosexual.

La parte actora presentó demanda suplicando se dictase Sentencia decretando el derecho de visitas de la actora. La demanda se interpuso al amparo del artículo 160 del Código Civil, solicitando un régimen de visitas entre D.R. y el menor M. Esta pretensión se fundamentaba, por la parte actora, en la existencia de una relación de pareja de hecho entre D.R. y D.M., fruto de la cual nació M., estimando que D.R. ha de ser considerada «allegada» del menor, a efectos de establecer el régimen de visitas.

La parte demandada negó la pretensión solicitada, al estimar que nunca había existido una relación afectiva o de pareja entre las partes y, en consecuencia, el menor M. era hijo única y exclusivamente de D.M. Pero esta alegación entra en abierta contradicción con lo mantenido en la contestación a la demanda, en la que, efectivamente, se admitía la existencia de relación afectiva y convivencia en el domicilio adquirido por ambas al menos durante un período de tres años.

Hay que tener en cuenta que, en este contencioso, no se negó la orientación sexual de D.R. y D.M., que implicaba la existencia de una relación afectiva entre ellas. Lo que se niega –y éste es el aspecto realmente interesante de la cuestión debatida– es la existencia de una relación estable y duradera, fruto de la cual naciera M.

D.M. entró en contradicción, puesto que, por un lado, negaba el hecho en sí de la relación de pareja, pero, de otro lado, se admitía, en la contestación a la demanda, la existencia de una convivencia y relación afectiva que duró tres años, al menos.

Habría que cuestionar, lo cual no dejaría de ser absurdo y extraño, cuánto debe durar una relación de pareja para considerarla como tal. Por lo tanto, no entramos a debatir esta cuestión. Sí, en cambio, se constata la existencia de una relación afectiva estable y pro-

longada en el tiempo, quedando por determinar si el nacimiento del hijo fue una decisión conjunta y, por ende, fruto de esa unión sentimental.

D.M., sobre este aspecto, negaba que el hijo hubiera nacido del consenso y voluntad de ambas litigantes, considerando al niño hijo exclusivo de ella.

Se probó que la relación sentimental y la correlativa unión era anterior incluso al embarazo. En este sentido, se aportaron numerosas fotografías de las que se pudo constatar quiénes formaban parte del círculo de amistades de la pareja, amigas que compartían actividades, celebrando juntas los acontecimientos familiares, cumpleaños, comuniones, etc., que se reunían en las festividades de Navidad, feria, vacaciones.

Todas las personas allegadas a la pareja se refieren a ésta, como testigos, corroborando las manifestaciones de D.R.: como una pareja estable, que decidió tener un hijo por inseminación artificial de D.M. Una pareja que crió al hijo de forma conjunta hasta la separación. Una pareja que, tras la separación, respetó la relación del menor con D.R., hasta que surgieron conflictos entre ambas tras la nueva convivencia de D.M. con su pareja actual y su deseo de liquidar el piso adquirido en copropiedad, tema este sobre el que surgió el conflicto.

Es significativo, asimismo, en tema de valoración de la prueba, analizar, junto con la testifical, otros elementos probatorios que dan credibilidad y corroboran lo manifestado por los testigos: que el embarazo fue una decisión conjunta y que criaron al niño como pareja. Hay que entrar a valorar, sin lugar a dudas, el testamento abierto otorgado por D.M. en el que nombraba a D.R. tutora del menor para el supuesto de fallecimiento de su madre biológica.

Consta, igualmente, la existencia de una carta manuscrita de D.M. dirigida a D.R., en la que se deja ver la existencia de un amor sincero, del deseo hecho realidad de formar una familia, del nacimiento y declive de un amor que duró once años y fruto del cual nació un hijo. Del dolor que causa la separación y lo difícil que resulta recomponer situaciones y seguir constituyendo una familia con los progenitores separados.

La Sentencia, en este sentido, afirma, con contundencia, que D.M. y D.R. son progenitoras del menor, porque fueron una familia con convivencia de las progenitoras y siguen siendo una familia aun cuando ellas vivan separadas, porque tienen un hijo en común y porque optaron por un proyecto de vida en común que no termina con la falta de convivencia, sino que se prolonga mientras exista ese hijo en común.

En la demanda se solicitaba un régimen de visitas considerando a D.R. «allegada». Pero esto es inexacto, porque D.R. es progenitora del hijo menor.

Efectivamente, la Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre el derecho a contraer matrimonio, modificó el Código Civil, que, en anterior redacción, establecía que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

Tras la Reforma citada anteriormente, quedó la siguiente redacción: «Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.»

La Sentencia –interesantísima, a mi juicio–, afirmó que era de aplicación, a este procedimiento, el artículo 160.3 del Código Civil, declarando que M. es hijo de esta pareja, una pareja que buscó el embarazo de la única manera que podía hacerlo, mediante inseminación artificial de una de las progenitoras, que criaron al niño como hijo y que han respetado esta relación hasta que, como siempre ocurre en litigios, otras cuestiones materiales, como, en este caso, la vivienda, vienen a mezclarse y a enturbiar las relaciones afectivas personales.

Afirma la Sentencia, con rigor, que es difícil constatar y admitir que personas tan valientes, tan consecuentes consigo mismas, con su ser y su realidad, no sepan afrontar una situación de crisis de pareja y, al final, como todos, como las parejas heterosexuales, confundan hijos con vivienda, amor y respeto con bienes materiales, perjudicando a la parte más importante, que no es otra que el niño, el hijo menor de edad, que no pidió venir al mundo y que fue concebido en el seno del amor y bajo la responsabilidad de dos personas adultas y responsables o, al menos, deberían serlo: responsables y consecuentes con sus actos, como lo fueron, en su día, para asumir su orientación sexual, para crear una familia y para tener un hijo.

La Sentencia, haciendo gala de una exquisita dicción, afirma, asimismo, que nadie es diferente, todos iguales, y que se observa que, en la relación de la pareja homosexual, al igual que en la heterosexual, cuando se produce una crisis, una separación, un divorcio, vencen las mezquindades por encima del respeto y del amor por el hijo, siendo exigible a los progenitores, sea cual sea su orientación sexual, el respeto a los hijos, el saber y entender que el fin de una pareja no supone el fin de la relación entre hijos y progenitores, dado que se trata de relaciones afectivas diferentes y que, como tal, deben respetarse y mantenerse al margen de la separación.

Afirma, igualmente, esta Sentencia, arquetípica de exquisitez jurídica, que, al amparo del artículo 14 de nuestra Constitución –que proclama la igualdad ante la Ley–, no cabe ignorar las nuevas realidades sociales, amparando bajo este principio de igualdad los derechos y deberes que conforman estas nuevas familias, posicionamiento o tendencia jurídica que se encuentra en armonía y consonancia con el espíritu del legislador en su reforma de 13/2005, en cuya Exposición de Motivos se contiene lo siguiente: «La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social.»

«... La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones...»

Lo que resulta evidente es que, fruto de la relación sentimental entre D.R. y D.M. nació M., y que, en 2001, fecha en la que nació el pequeño, la única opción para parejas homosexuales que quisieran tener hijos era la inseminación artificial de uno de los progenitores, dado que nuestra legislación no permitió la adopción por estas uniones de hecho hasta la Ley 13/2005, de 1 de julio.

Tras el nacimiento del pequeño, los tres miembros de la familia vivieron como tal, hasta junio de 2004, fecha en la que tuvo lugar la separación de hecho. En este momento, tampoco era posible la adopción del hijo por D.R. Si la relación entre D.R. y D.M. hubiera

continuado sin fisuras, probablemente D.R. hubiera adoptado al menor y, en la actualidad, no tendría ningún problema para que se la reconociera como progenitora por adopción. Sin embargo, hasta un año más tarde, nuestra legislación no permitió la adopción por parejas homosexuales. No obstante, según matiza la Sentencia, el hecho de que dicha realidad no se pudiera legalizar, no implica que dicha realidad no existiera, no se destruye, por tanto, el principio de realidad. Y esta realidad no puede ser ignorada, ni se puede discriminar por el hecho de no contar, en su momento, con amparo legal. La realidad va siempre por delante de la Ley o el Derecho, amparando aquélla y éste, siempre con posterioridad, realidades ya consolidadas.

La Sentencia, por tanto, admite y reconoce que D.R. es, por el principio de realidad innegable, progenitora de M., con lo cual las consecuencias jurídicas han de ser las mismas que para cualquier progenitor. Como consecuencia de todo ello, el Juzgado procedió a establecer el régimen de visitas solicitado por la parte actora, con alguna matización realizada solamente en aras del beneficio del hijo menor de edad, como principio prioritario que ha de regir toda la aplicación de la Ley en estos temas.

A la vista de esta Sentencia, que estimo reviste una modernidad y hace gala de una ideología ciertamente progresista, sólo cabe esperar que la situación jurídica de las parejas de hecho del mismo sexo —o uniones de hecho homosexuales— vaya adaptándose a la situación real, o principio de realidad, tal como lo ha calificado la propia Sentencia.

Reflexiones sobre el Síndrome de Alienación Parental

CARMEN VARELA

Directora del área de derecho de familia del Bufete Guerrero, SL

Siempre se dice que de toda ruptura conyugal o de pareja, las principales víctimas son los hijos, lo cual es cierto en un gran porcentaje de casos, pues los menores asisten casi como meros espectadores a la ruptura de sus padres y, con ello, al fin del modo de vida al que estaban acostumbrados. Si la ruptura y su proceso resultan conflictivos o especialmente traumática la incidencia en el comportamiento y desarrollo afectivo y personal del menor es especialmente negativa, máxime cuando éste, influenciado por uno de sus padres, «toma partido» por éste y asume una conducta, comportamiento y actitud totalmente contrarios, hasta el punto de resultar patológico, contra el otro progenitor al que demoniza.

Particularmente relevante, en estos casos, resulta el síndrome de alienación parental (más conocido por sus siglas SAP) fenómeno que se puede definir como la influencia negativa que un progenitor ejerce sobre el hijo/s menor para ponerlo en contra del otro progenitor. Es decir, supone el episodio más radical en la instrumentalización del hijo por parte de uno de los padres en el curso de una situación de separación o divorcio.

Tal trastorno tiene como principal manifestación la campaña injustificada de denigración del niño hacia el padre, o el rechazo injustificado a éste, debido a la influencia del otro combinada con la propia contribución del niño.

Han de destacarse pues los tres elementos esenciales de este «rechazo»: 1) el rechazo o denigración hacia un padre es persistente, no es solamente un episodio ocasional; 2) el rechazo está injustificado, el alejamiento no es una respuesta a los comportamientos del padre rechazado, y 3) el rechazo está motivado, en parte, por el resultado de la influencia del otro padre.

Dicho fenómeno o trastorno empieza a ser diagnosticado en muchos procesos de familia y a ser valorado por los Tribunales de Justicia dando paso a sentencias donde la custodia o el régimen de visitas cambia a favor del progenitor que ha sufrido dicho comportamiento en su contra, por parte del hijo, influenciado por el otro miembro de la pareja.

No hay que olvidar, sin embargo, que la auténtica y principal víctima del SAP es el propio hijo, quien ve seriamente afectado su desarrollo psico-afectivo. Por ello, y en aras al adecuado equilibrio emocional de los menores, debe exigirse a los Tribunales celeridad y firmeza a la hora de adoptar decisiones cuando se da cita un episodio de esta naturaleza.

Revista de **Derecho de** **familia**

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

JORNADA INTERNACIONAL SOBRE DERECHO DE FAMILIA EN ROMA

JORGE A. MARFIL

Abogado

A primeros de abril, mientras en España nos debatíamos entre una Justicia en quasihuelga permanente y una huelga en la Administración de Justicia, un centenar de abogados de todo el mundo nos reuníamos en Roma varios días para contarnos qué es eso que denominamos Derecho de Familia en nuestros países, y constatar sus diferencias, sus planteamientos a veces variopintos..., su utilidad.

Convocados por la International Academy of Matrimonial Lawyers tuvimos ocasión de tratar, entre otros temas:

- I. La magnífica regulación de las uniones extramatrimoniales en Suecia, en las que, naturalmente, la pensión compensatoria es prácticamente inencontrable.
- II. La problemática respecto de la sustracción de menores y su necesaria y urgentísima regulación.
- III. El aumento imparable de las uniones extramatrimoniales en Grecia, cuya reglamentación va a contemplar todo lo relativo a las pensiones entre las partes y, en cuanto a sucesiones, la posibilidad de que uno pueda transmitir al otro hasta el 50% de sus bienes, siempre que sea testada la sucesión. Se da por hecho que en esta regulación estarían contempladas las uniones homosexuales.
- IV. La gran importancia que están tomando los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra, y tanto es así que el propósito de los abogados es conseguir que éstos sean jurídicamente vinculantes y de obligado cumplimiento. La importancia es tal que se están realizando estudios sobre aquellas parejas en las que los contratos prematrimoniales pueden ser más eficaces, como por ejemplo en aquéllos en los que no haya descendencia o en segundos matrimonios, y aquéllos en los que no, como en los que han convivido muchos años, ya que la vida puede cambiar sustancialmente, por lo que dicho contrato puede resultar injusto para una de las partes. Sin embargo, hoy en día los Juzgados ingleses no reconocen dichos contratos por lo que la mejor manera de salvaguardar los bienes de un cliente es NO CONTRAYENDO MATRIMONIO (!), según nos manifiestan jocosamente nuestros compañeros británicos.
- V. El notabilísimo incremento de las uniones extramatrimoniales en Inglaterra y Gales, constatándose que en la actualidad existen un millón y medio de menores, hijos de estas parejas.

- VI. Los matrimonios homosexuales en España y su amplísima difusión en Europa, sobre los que me han hecho cientos de preguntas.
- VII. La rápida evolución y los grandes avances que están surgiendo en cuanto a la Ley de Fertilidad y a lo concerniente a las madres de alquiler en Inglaterra y Gales. En cuanto al tema de las madres de alquiler se están creando dudas difíciles de contestar, como quién es el padre legal del niño por nacer, si la madre de alquiler puede ser pagada por prestar este «servicio», etc. Aunque la gente suele estar bien informada, la desesperación por tener hijos, en muchos casos, hace que no se piense en las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

Todo ello y mucho más configura lo que el colega inglés Tim Amos llamó en su provocativa ponencia «The mess (confusión, desorden) of European Family Law» con toda razón, pues la homogeneización del Derecho de Familia en Europa y su ejecutividad real son imprescindibles ya, dada la movilidad creciente de los ciudadanos europeos y la facilidad para residir en cualesquiera naciones de nuestro viejo continente. Según datos de nuestro Instituto Nacional de Estadística los matrimonios en los que uno o los dos son extranjeros superan el 15%, incluyendo, claro es, los homosexuales, y este porcentaje no cesa de ascender, con todas las implicaciones que ello conlleva, por lo que el principio de seguridad jurídica es cada vez más insoslayable.

Fuera de nuestro ámbito europeo tuve ocasión de asistir a una ponencia sobre la regulación del concubinato en China, en el que se especifican los derechos y grados de cada una de las concubinas posibles –y de los hijos habidos con éstas– pues incluso entre ellas existe jerarquía. Veamos la definición que nos da su propio Código de Leyes: «Unión entre un hombre y una mujer por la cual la mujer, durante la vida del hombre, ha sido aceptada por la esposa de éste como su concubina y reconocida generalmente como tal por toda la familia de aquél».

Como puede verse, no es que haya suaves diferencias entre unos ordenamientos y otros, no, es que en ocasiones las divergencias son seculares, ancestrales, abismales. Así es, también, el Derecho de Familia en el mundo.

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									

**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	1.170,5	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

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

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.

No concurren los presupuestos legales, ni procesales, en relación a la posibilidad de aplicar la normativa española para declarar el divorcio, respecto de los ciudadanos de nacionalidad rumana, no obstante la residencia en España, por cuanto que, ciertamente, no se cumplen con los requisitos prevenidos en el artículo 107 del Código Civil y el artículo 9 del citado texto legal por cuanto que, como bien se señala en la resolución apelada, no ha existido procedimiento de común acuerdo.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2007.

PATRIA POTESTAD

Es claro que en modo alguno la patria potestad puede ser ejercida por quien está privado actualmente de libertad y, por ello, es lo procedente acordar que el ejercicio exclusivo de ésta lo sea en favor de la madre.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2007.

Es lo cierto que, por el momento, no concurre causa para dar lugar a una declaración sobre privación o suspensión de la patria potestad, o de su ejercicio, por cuanto que el hecho objetivo relativo a la separación fáctica entre los progenitores en virtud de una orden de alejamiento no determina tan grave medida.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

En los supuestos de controversia en el ejercicio de la potestad parental, no cabe la interposición de recurso alguno contra la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional *a quo*, ni siquiera el de apelación.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 6 de septiembre de 2007.

Es de concluir en la procedencia de decretar que el ejercicio de la patria potestad de los hijos corresponderá de forma exclusiva a la madre, ya que tal pretensión no fue siquiera contradicha por el demandado, quien se encuentra en situación de rebeldía procesal e incomparecido en ambas instancias.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de septiembre 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 exploración de los hijos y la ineficacia de las pruebas periciales de parte.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2008.

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.

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.

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.

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.

La custodia compartida no puede acordarse ya que no consta el acuerdo de los padres sobre dicha cuestión –sin perjuicio de que la madre manifestó que no se oponía a ésta–, tampoco se ha interesado ninguno de los informes que exige el artículo 92 del CC y consta una actitud de desinterés del padre respecto a los hijos a los que no visita regularmente.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

Falta el presupuesto procesal exigido por el artículo 92.8 del Código Civil, a saber, el informe favorable del Ministerio Fiscal, para poder acordar la custodia compartida. El menor reside con su madre desde que se produjo la separación de hecho y por ello procede otorgarle la custodia.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

No puede establecerse el régimen de guarda compartida que solicita el recurrente porque no se ha acreditado que sólo de esta forma se proteja adecuadamente el interés superior de los menores, como exige el artículo 92.8 del CC, teniendo en cuenta además que en el informe pericial no se dice que el régimen de custodia compartida sea el único que pueda fijarse. Además no puede desconocerse tampoco que el informe del Ministerio Fiscal es contrario a la custodia compartida.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2007.

Se alega por el padre para solicitar la custodia de los hijos que tiene mejor disponibilidad horaria para el cuidado de los menores que la madre, que trabaja en un comercio con horario de mañana y tarde, pero esta circunstancia no puede ser tenida en cuenta a la hora de decidir sobre la atribución a uno u otro progenitor la guarda de los hijos.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2007.

Descartada la posibilidad de acudir al régimen de custodia compartido al no haber sido solicitado por ninguno de los contendientes, no podrá estarse únicamente a la disponibilidad horaria del padre para atribuirle la custodia, pudiendo ser la abuela materna quien lleve a los niños al colegio, de tal manera que tras la jornada escolar la madre puede estar todo el tiempo en su compañía.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se establece como horario de comunicación telefónica del padre con el hijo en la franja horaria de 20 a 21 horas de la noche. En el supuesto de que el padre no pudiera comunicar con el hijo por causas no imputables al padre, la madre deberá facilitar la comunicación del menor con su padre ese mismo día y fuera del horario.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2007.

El establecimiento de un régimen diferenciado de visitas para los abuelos en proceso independiente obedece a supuestos en los que la relación abuelos-padre exige el establecimiento de un régimen que permita la relación con el nieto que de otro modo se ve obstaculizada. No siendo éste el supuesto, la relación abuelo-nieto ha de enmarcarse en el espacio temporal de visitas del padre.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2007.

Aunque se trate de una niña de corta edad y su padre no haya tenido contacto con ella desde hace tres años, esta circunstancia no determina por sí sola la existencia de peligro alguno para la salud física o psíquica de la menor que justifique la suspensión del régimen de comunicación.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

Establecimiento de un régimen de visitas gradual que entrará en funcionamiento cuando el hijo vaya alcanzando tres, cuatro y seis años.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

Fijación de un régimen de visitas a favor de los abuelos paternos consistente en dos horas al mes en sábado o domingo y con intervención del Punto de Encuentro, sin que dadas las circunstancias del caso sea procedente fijar otro más extenso.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

El régimen de vacaciones en verano debe limitarse a los meses de julio y agosto, repartiéndose los progenitores dicho tiempo con el menor, ya que en los primeros días del mes de septiembre previos al nuevo curso escolar es necesario realizar una serie de gastos relativos a vestuario o material escolar y deportivo que exige la presencia del menor junto al progenitor custodio.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2007.

El artículo 103.1.^a contempla la posibilidad de que el Juzgado prohíba la salida del menor del territorio nacional, pero para que se adopte esta decisión es necesario que se acredite que existe riesgo de sustracción del hijo por alguno de sus progenitores o por terceras personas.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

La incomunicación temporal de la hija con el padre no constituye, por sí solo, motivo para suspender el derecho recíproco de ambos, sino, por el contrario, para propiciar, si bien de modo paulatino y progresivo, las visitas.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

El interés del menor aconseja que se le recoja y se le entregue por el progenitor que ejerce la visita en la vivienda del que tiene la custodia y sólo, excepcionalmente, sería oportuno adoptar otro criterio en el supuesto de que, con ocasión de aquellas visitas, se produzcan situaciones conflictivas ya sea por enfrentamiento directo de los progenitores u otros familiares.

AP León, Sec. 2.^a, Sentencia de 20 de septiembre de 2007.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

El derecho de uso que ostenta la esposa sobre el inmueble ganancial proviene de la sentencia firme de divorcio donde se reconoce. Esta atribución no se ha alterado ni se ha cambiado y no se debe reiterar mientras no se pronuncie una nueva decisión judicial en trámite de modificación de medidas y relativa a este derecho y ello con independencia de que se proceda a la venta del citado inmueble en pública subasta, si a ello hubiere lugar.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 27 de noviembre de 2007.

No puede acordarse en un procedimiento de modificación de medidas la venta de la vivienda familiar, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar esa división o liquidación.

AP Álava, Sec. 1.^a, Sentencia de 31 de octubre de 2007.

Cuando los hijos alcancen la mayoría de edad podrá plantearse la atribución de la vivienda al grupo familiar más necesitado de protección conforme a lo que dispone el párrafo tercero del artículo 96 del CC.

AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 26 de octubre de 2007.

La disolución del régimen económico en modo alguno impide establecer, en la sentencia de divorcio, las medidas económicas relativas al deber de los cónyuges de afrontar las obligaciones asumidas durante el matrimonio frente a terceros, en este caso el préstamo hipotecario, siempre que tales obligaciones estén vigentes, por lo que es lo procedente fijar las prestaciones que, en este apartado, sobre cargas, corresponde a cada cónyuge.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 2 de octubre de 2007.

El párrafo primero del artículo 96 del CC 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; en efecto dicha interpretación dimana de la propia redacción del precepto que no constriñe su ámbito de aplicación a los hijos sometidos a la patria potestad.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Extinción de la atribución del uso, dado que los hijos son mayores de edad y sólo acuden a visitar a su madre uno o dos días a la semana, siendo indiferente que alguna noche pernocten en la vivienda.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Se desestima la demanda de desahucio por precario, ya que aunque no conste un plazo de duración de la cesión si está claro que con ésta se quería dar el uso específico de hogar familiar del matrimonio y los descendientes del hijo de los propietarios, esa finalidad se seguirá cumpliendo aunque se haya producido la crisis conyugal lo cual excluye la situación de precario.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Sobre la vivienda vacacional tras la crisis matrimonial, se considera adecuado el uso compartido y alternativo semestral de dicha vivienda con dos períodos, uno de febrero a julio y otro de agosto a enero.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2007.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La pensión alimenticia para dos hijos debe fijarse en torno aproximadamente al 30% de los ingresos mensuales del padre.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2007.

Se desestima la oposición a los gastos extraordinarios dado que tales gastos existían con anterioridad al momento de dictarse la separación, lo que no es rebatido por el ejecutado, por lo que es claro que quien ahora recurre era conocedor de su existencia, siendo de destacar que los informes médicos obrantes a las actuaciones ponen de manifiesto que el tratamiento médico fue iniciado incluso por todo el grupo familiar asumiendo el gasto el ahora recurrente, quien en un primer momento también recibió terapia por el facultativo que continúa atendiendo a los menores.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 26 de octubre de 2007.

Los viajes culturales de la hija a Budapest y al Camino de Santiago tienen la consideración de gastos extraordinarios, habiéndose acreditado que se comunica dicha actividad por el centro educativo, y si bien es clara la postura de rechazo del padre, los plazos señalados no permitían acudir a la vía judicial para obtener la autorización de un gasto, sobre el que por otra parte existía un antecedente similar respecto de la otra hija.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de octubre de 2007.

Aunque en el convenio regulador se pactó que «Las decisiones que generen éstos deberán ser adoptadas de común acuerdo por ambos progenitores», habrá que entender que, teniendo en cuenta que los gastos de ortodoncia son necesarios, el consentimiento del padre queda suplido por la decisión judicial favorable a la reclamación.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de octubre de 2007.

Ni la obligación de pago de los gastos extraordinarios, y en concreto del relativo a la rehabilitación de la hija, se supeditaba al consentimiento o aceptación por parte del padre, sino sólo a la justificación del gasto, ni éste aparece cubierto en el caso por MUFACE ni dicho tratamiento puede ser prestado, en iguales condiciones de cercanía y agilidad, por el sistema de la Seguridad Social.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 15 de octubre de 2007.

No se puede obligar al hijo a ir todos los días a Bilbao —donde cursa sus estudios— en autobús cuando la capacidad económica de los progenitores puede soportar el gasto de un piso de alquiler y, por tanto, no procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2007.

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, 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.

El hijo continúa sus estudios en el Instituto de Secundaria, convive con la madre y ha trabajado esporádicamente, concretamente en épocas estivales del 13 de julio de 2004 a 28 de agosto de 2004, de 21 de julio de 2005 a 28 de agosto de 2005 y de 30 de agosto de 2004 a 21 de febrero de 2005, así como la percepción del paro de 24 de febrero de 2005 a 20 de julio de 2005. Estos datos no son suficientes para deducir una vida laboral prolongada capaz de sustentar la independencia económica.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

El nacimiento del nuevo hijo es una modificación de las circunstancias pues implica un gasto más que como padre deberá atender, pero hay que demostrar que afecta de forma importante a la economía, pues de ese nuevo hijo también debe asumir esa obligación la madre.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La circunstancia de que sea la ex esposa la que de hecho administre el establecimiento hotelero y de restauración que es titularidad de ambos, no es causa para establecer una pensión compensatoria a favor del esposo.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2007.

La limitación temporal no procede fijarla en el presente caso habida cuenta la guarda y custodia que le viene atribuida de los tres hijos menores del matrimonio, por lo que es presumible pensar que va tener serias posibilidades de mejorar su *status* laboral y conseguir mayores ingresos en el plazo señalado en la sentencia.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2007.

Es criterio de esta Sala que cuando la situación matrimonial precedente viene determinada por una separación judicial en la que al peticionario de modificación de medidas no se le había reconocido cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria huelga todo comentario sobre la fijación *ex novo*.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2007.

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 reconvencción expresa.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2007.

En el supuesto examinado, y ante la ausencia de hijos, no consta, pues nada se ha acreditado al respecto, una especial dedicación de la esposa a las labores domésticas ni que, por razón de su matrimonio, se hayan visto entorpecidas sus posibilidades laborales, por lo que no procede fijar pensión compensatoria.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

Extinción de la pensión compensatoria al haberse acreditado que la esposa tiene un empleo estable aunque sea a tiempo parcial no advirtiéndose ningún impedimento para que preste servicios a jornada completa.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

Teniendo en cuenta la escasa duración de la unión conyugal, poco más de dos años, y que al momento de su quiebra la esposa tenía una edad de 43 años, aún joven y sin referencia a situación incapacitante alguna, habiendo percibido la esposa la pensión durante nueve años, se considera que este período ha sido más que suficiente para desplegar el intento superador en busca de autonomía personal tras la breve convivencia marital.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2007.

CUESTIONES PROCESALES

Teniendo en cuenta que el esposo conservaba el domicilio donde estuvo el último domicilio conyugal, éste será el Juzgado competente para tramitar el procedimiento de divorcio, y ello aunque el esposo también tenga residencia en la misma ciudad que la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 18 de diciembre de 2007.

Como acertadamente resuelve la sentencia de instancia, el divorcio requiere necesariamente de una sentencia constitutiva del estado civil y por ello la aplicación del artículo 394 de la LEC es improcedente, máxime cuando el demandado se ha allanado a las cuestiones susceptibles de transacción.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2007.

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.

La modificación de medidas definitivas, una vez recaída sentencia firme, no se puede considerar como un incidente del juicio principal, ni como ejecución de sentencia, por lo que la determinación del juzgado competente para su conocimiento ha de regirse por lo dispuesto en el artículo 769, número 3.º, de la LEC.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de noviembre de 2007.

Solicitada la privación de la patria potestad en un procedimiento de modificación de medidas, en cuanto a la competencia, habrá que estar a lo indicado en el artículo 769.1 de la LEC y desconociéndose el actual paradero del demandado, el punto de conexión de todos los posibles referenciados en dicho precepto es el tribunal de su última residencia, que se encontraba sita en Madrid, por lo que el Juzgado competente será el de esta capital que por turno le corresponda.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de noviembre de 2007.

Como quiera que el sobreseimiento provisional de las diligencias previas fue posterior a la resolución que ahora se apela, se está en el caso de confirmar la resolución objeto de apelación, estimando correcta la inhibición de los autos de divorcio contencioso al Juzgado de Violencia Doméstica núm. 3 de los de Madrid.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 13 de noviembre de 2007.

En caso de procedimiento de mutuo acuerdo o instado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, dada la inexistencia del juicio oral en su tramitación, habrá que entender que la comparecencia para la ratificación del convenio opera como límite equivalente al de la fase del juicio oral en los procedimientos contenciosos para la inhibición a favor del Juzgado de Violencia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 18 de octubre de 2007.

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.

CONVENIO REGULADOR

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.

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.

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

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.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

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.

Se deja sin efecto lo acordado en el auto de medidas provisionales al encontrarse en trámite un procedimiento de impugnación de paternidad en el que se ha dictado sentencia estimatoria de la demanda, si bien, por no haberse nombrado un defensor judicial, se ha declarado la nulidad del procedimiento.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de noviembre de 2007.

El período que los dos hijos comunes van a estar en actividades estivales de campamento no ha de computarse en el período que tiene derecho el demandante a tener los hijos en su compañía, y en su consecuencia procede fijar el período vacacional en el sentido de que los hijos estarán con su padre desde el día 13 de julio hasta el día 19 de agosto.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 20 de noviembre de 2007.

El Ministerio Fiscal sostiene que antes de la admisión de la demanda de exequátur debe acreditarse la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, pero la realidad es que ningún precepto, sustantivo, procesal o registral exige, a los efectos del exequátur, que el matrimonio conste previamente inscrito en Registro Civil de España.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 6 de noviembre de 2007.

En los casos en que puedan resultar afectados los intereses de un menor, es doctrina del Tribunal Constitucional que «la protección de los derechos e intereses de los menores queda de momento mejor garantizada por el mantenimiento y la no alteración de su ámbito afectivo y de convivencia actual durante la tramitación del recurso de amparo», ya que los sucesivos cambios de su entorno afectivo y de convivencia podrían causarles graves perjuicios en su personalidad en formación.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Auto de 5 de noviembre de 2007.

Se desestima la demanda de ejecución al no poder determinarse con exactitud que se hubiera producido un incumplimiento determinado de las visitas y que éste obedeciera a los actos concretos, directos e inmediatos de la madre. No obstante, se acuerda la intervención de los Programas de Mediación del Ayuntamiento para que se lleve a cabo la participación del grupo familiar en dichos programas para restablecer una situación de normalidad en el régimen de visitas paterno-filial.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 26 de octubre de 2007.

Si bien en la resolución judicial se acordó que el demandado rindiese cuentas de la administración que se le confería, otra cuestión distinta es la que afecta a lo ajustado o no a la realidad de dichas cuentas rendidas ya que ello escapa de los límites propios del ejecución, en cuanto éste queda necesariamente constreñido a la determinación de si se han rendido o no las cuentas de la gestión.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de octubre de 2007.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La oficina de farmacia adquirida por el esposo constante el matrimonio –que se regía por la separación de bienes– tiene carácter privativo ya que, justificada la adquisición exclusiva por el esposo, se presume que el dinero es de quien adquirió, salvo, claro está, prueba en contrario, prueba que no ha logrado acreditar la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2008.

Se desestima la demanda interpuesta por el ex esposo contra la ex esposa en la que aquél reclamaba el 50% de la cantidad que tuvo que abonar a su ex suegro por un préstamo personal, al no acreditarse el destino que tuvo el citado préstamo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2008.

Se consideran privativos los apartamentos que, constante la sociedad de gananciales, adquirió el esposo, al acreditarse que el dinero provenía de la venta de una finca privativa de la esposa que adquirió por herencia de sus padres, no siendo obstáculo para ello que en la escritura de capitulaciones matrimoniales se hiciese constar que tenían carácter ganancial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2008.

Se presume que la esposa dio su consentimiento a la compraventa del inmueble ganancial, ya que el precio obtenido fue destinado a la liberación del gravamen que pesaba sobre la finca enajenada, producto del procedimiento ejecutivo seguido contra los esposos para la satisfacción de una deuda ganancial y, además, una de las entregas de dinero en que consistió el precio del contrato fue presenciada por la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de enero de 2008.

Se desestima el recurso de revisión interpuesto por el esposo alegando que, con posterioridad a la sentencia, tuvo conocimiento de un documento notarial del que se desprendía que, conforme a la legislación alemana, había prescrito la acción ejercitada por la esposa reclamando una determinada cantidad al esposo tras la extinción del régimen de participación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2007.

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.

Habiéndose consignado en el convenio regulador que ambos esposos conocen sus respectivos planes de pensiones y la Entidad de Previsión Voluntaria en la que participa el esposo, acordando no tener nada que reclamarse en el presente ni en el futuro respecto a ello, la acción de adición a la partición no puede prosperar.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2007.

Suspensión de la ejecución de la sentencia que acordaba la división de la cosa común y la venta en subasta pública del inmueble hasta tanto se resuelva el recurso de amparo.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Auto de 17 de diciembre de 2007.

Validez del documento privado suscrito por los cónyuges liquidando la sociedad de gananciales aun cuando éste 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.

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 ésta 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.

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.

No procede acceder a la suspensión interesada, por cuanto no se infiere de la resolución impugnada que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones qué tipo de perjuicios irreparables podrían ocasionarse en caso de procederse a su ejecución, pues, por lo que se refiere al menor, éste no mantiene ningún tipo de relación con su madre biológica desde el año 2002 (medida confirmada judicialmente), por lo que la ejecución del Auto y la continuación de la tramitación del proceso de adopción no comporta ninguna variación en la situación del menor, ni le irroga perjuicios irreparables de carácter personal o psicológico.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Auto de 17 de diciembre de 2007.

No existe ningún obstáculo procesal para que el Consejo del Menor solicite la ejecución provisional de una resolución en la que se acordó la suspensión del régimen de visitas y comunicación fijado a favor de la madre respecto de una menor cuya tutela ostenta *ex* artículo 172 CC, ya que artículo 774.5 de la LEC prevé la eficacia inmediata de todas las acordadas en la sentencia que disponga de medidas a favor de los menores.

AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 25 de octubre de 2007.

Se inadmite la petición de nombramiento de defensor judicial en tanto no se inste el procedimiento para la división de la herencia y participación del caudal hereditario en cuyo seno y como procedimiento incidental deberá sustanciarse dicha solicitud.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de octubre de 2007.

Atendiendo el ferviente y reiterado deseo de la abuela y tutora del menor de mantener dicho vínculo y apreciando asimismo que una de las facetas integrantes de la personalidad es el conocimiento del origen biológico del individuo, se fija un régimen de visitas consistente en los domingos alternos, entre las diez y las dieciocho horas, debiendo recogerlo la abuela del domicilio de los acogedores y reintegrarlo a las horas fijadas.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2007.

FILIACIÓN

Ineficacia del reconocimiento de paternidad que hizo el actual compañero sentimental de la madre cuando ésta fue emplazada para contestar a la demanda en la que, el que al final se consideró como padre biológico, reclamó la paternidad.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2007.

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.

No se ve ningún obstáculo desde el punto de vista de la competencia para que el Juzgado de Primera Instancia ordinario conozca de la acción de reclamación de paternidad y de la acumulada de fijación de pensión alimenticia.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

Procede la imposición de costas al demandado, aunque se haya fijado una pensión alimenticia de cuantía inferior a la solicitada en la demanda, al haberse acreditado la mala fe del padre biológico quien afirmó haber roto sus relaciones antes del nacimiento y desconocer su paternidad, cuando no es cierto, al confirmar los testigos que estuvo conviviendo con sus hijas.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

Estimada que ha sido plenamente la demanda principal, declarando la sentencia la paternidad del demandante respecto del hijo de la interpelada, en detrimento de los postulados optativos de la demandada, la imposición a esta última de las costas de primera instancia resulta inobjetable, y responde sin estridencias al principio de autorresponsabilidad que informa el precepto.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

UNIONES DE HECHO

Desestimación de la acción declarativa de dominio interpuesta por un conviviente de hecho contra la herencia yacente de la que fue su compañera sentimental al haberse acreditado que el precio del inmueble se pagó con dinero exclusivo de aquélla no habiendo existido ningún negocio fiduciario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2007.

Improcedencia de fijar pensión compensatoria. Deben estar las partes en cuanto a los efectos económicos a lo que hayan pactado; y, a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno debe asumir las consecuencias económicas de la ruptura porque si libre fue la unión, igualmente libre debe ser la ruptura para cualquiera de ellos, pues cuando se afirma como principio general en esta materia el de favorecer al miembro «más desprotegido», se omite preguntarse: ¿más desprotegido por qué o por quién?

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2007.

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.

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.

No se considera que haya existido en los convivientes voluntad de crear una comunidad de bienes, ya que no figura bien alguno adquirido en dicha forma participada ni tampoco consta la existencia de cuentas bancarias abiertas en cotitularidad o en las que se hubiera autorizado para disponer al no titular.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2007.

EFICACIA CIVIL DE RESOLUCIONES CANÓNICAS

Acreditado que la esposa fue citada en forma en el procedimiento eclesiástico y que voluntariamente decidió no comparecer, procede declarar la eficacia civil de la sentencia de nulidad canónica, sin que sea obstáculo para ello la alegación efectuada por aquélla en cuanto a que no puede distinguirse entre rebeldía voluntaria e involuntaria a los efectos del artículo 954 LEC, dado que la rebeldía voluntaria está amparada por el principio de libertad religiosa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2007.

Concesión de eficacia civil de una sentencia canónica de nulidad no habiendo incurrido en incongruencia la resolución del juzgado por haber mencionado la concurrencia de la nulidad matrimonial por anomalía psíquica de la esposa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de septiembre de 2007.

CUESTIONES PENALES

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.

A pesar de que una sentencia civil declaró que no era el padre biológico, no se estima el recurso de revisión para dejar sin efecto las condenas por impago de pensiones alimenticias.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

Se absuelve al integrante de una pareja de hecho del delito de abandono de familia del que venía acusado al no integrar la conducta denunciada el tipo previsto en el artículo 227 del CP, ya que la obligación alimenticia no se estableció en una resolución judicial sino en una escritura pública pactada entre los convivientes al cesar en la convivencia.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Carácter común del premio de lotería cobrado por un conviviente al haberse acreditado que la compra del billete se hizo cuando convivía en pareja, y por ello se le condena con un delito de apropiación indebida.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

Se condena por una falta de desobediencia leve a la madre que incumplió el régimen de visitas al no dejar que el menor pasase la tarde con el padre, no sirviendo de excusa que esa tarde la madre llevase al menor al pediatra.

AP Madrid, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2007.

Se condena a la madre por una falta de incumplimiento del régimen de visitas del artículo 618.2 del CP ya que el derecho de visitas no puede verse vulnerado porque un niño de 4 años de edad se niegue a irse con el padre, debiendo la madre, como progenitor custodio, potenciar esos contactos, hacerlos atractivos para el menor y fomentar el contacto con el padre.

AP Madrid, Sec. 16.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2007.

CUESTIONES REGISTRALES

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.

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.

DGRN, Resolución de 9 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 de que había diferencia en el valor de los lotes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 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.

Hasta tanto se realice la partición de herencia, un heredero carece de legitimación para ejercitar una acción declarativa de dominio contra los otros herederos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2007.

Se incluye en el caudal hereditario el inmueble que con posterioridad al fallecimiento del causante adquirió el heredero que quedó en la administración de los bienes al presumirse que éste mismo, en esa época, no contaba con bienes propios suficientes para su adquisición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

Interpretación de la voluntad del testador para integrar el contenido del legado, y si se indicó que legaba el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión, debe incluirse también lo que contengan las cajas de seguridad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

OTRAS CUESTIONES

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.

El artículo 763.1 de la LEC declara competente por razón de territorio para autorizar el internamiento de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma, al Tribunal donde resida la persona afectada por el internamiento, con independencia del lugar donde se encuentre el centro en el que se va a ingresar. Por tanto, el Tribunal competente por razón del territorio para conocer de los informes que le remitan del centro es el mismo que autorizó el internamiento.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 12 de noviembre de 2007.

Se reclama la retirada de la patria potestad sobre la persona del incapaz de sus padres y se cuestiona la competencia para el conocimiento de esta petición, resolviendo la Sala que dicha petición deriva y está vinculada a la sentencia de incapacitación dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid, por lo que, de conformidad con el artículo 61 de la LEC, el Tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de octubre de 2007.

La competencia para el conocimiento del procedimiento de internamiento corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del incapaz cuando se solicitó y autorizó el internamiento.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 20 de septiembre de 2007.

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.

Corresponde al Juzgado del lugar en que radique el Centro donde se haya producido el internamiento, la competencia para la ratificación de la medida, si bien dadas las características del caso examinado y habiéndose producido con anterioridad la declaración de incapacidad y el acuerdo relativo a la autorización para el internamiento por el Juzgado de Valdemoro, deberá ser este Juzgado, en aplicación de lo dispuesto en el número 4 del artículo 763 de la LEC, quien recabe la información periódica a la que se refiere el citado precepto.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 14 de septiembre de 2007.

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

