

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 34
enero-marzo 2007

Director:
**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	21
Jurisprudencia	79
Resoluciones de la DGRN	225
Sección Práctica	239
Derecho Canónico	253
Tribuna Abierta	261
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	273
Avances Jurisprudenciales	289

editorial

LEX NOVA

Revista de
**Derecho
de Familia**

© LEX NOVA 2007

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 consecuyente 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.

Las cosas no son como eran

“Se casaron y tuvieron muchos hijos...” Así terminaban los cuentos de nuestra infancia. Si Perrault o los hermanos Grimm hubieran sido contemporáneos seguramente habrían escrito: “No siempre se casaron, tuvieron dos hijos y luego se separaron”. Es una fórmula menos poética, pero más fiel a la realidad. Estas frases anteriores son el comienzo del libro *Custodia compartida: Cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos* que analiza el estado de la cuestión en Francia.

La situación, aunque con unos cuantos años de retraso, es idéntica a la que vivimos en nuestro país. Cada año son más las parejas que optan por no contraer matrimonio; se tienen menos hijos, si es que existe descendencia, y, rompen su relación tras un corto periodo de convivencia, y un importante número de parejas no supera los cinco años de matrimonio. Pues bien, si esto es así, cuando se inicia la relación habrá que estar preparados para lo que previsiblemente se espera. Atrás quedaron las vivencias de nuestros padres o abuelos que, a pesar de las adversidades, se mantuvieron unidos hasta el final de los días y que, generación tras generación, iban transmitiéndose el patrimonio logrado con un esfuerzo hoy día difícil de imaginar en una sociedad como la nuestra.

Si la pareja ha tenido descendencia, muchos problemas surgirán en relación con la custodia de los hijos. El vínculo matrimonial puede extinguirse pero el vínculo de la paternidad es indisoluble. También aquí han cambiado las cosas. La madre no es aquella persona que durante la convivencia se dedicó exclusivamente a atender el hogar y los hijos. Muchas madres han compatibilizado estas tareas con una actividad laboral, pero también es una realidad que muchos padres dejaron el rol de sus padres y de sus abuelos y han venido ejerciendo verdaderamente de padres compartiendo las tareas educacionales con las madres. Ante una separación, cada día son más los padres que solicitan la custodia de los hijos y hay que reconocer que la fórmula imperante hasta hace poco en las separaciones –guarda y custodia para la madre y régimen de visitas para el padre– en muchos casos ya no sirve porque los padres no quieren ser simples visitantes, quieren seguir ejerciendo las mismas funciones que venían desarrollando durante la convivencia. La custodia compartida cada día aparece más en las demandas y en las contestaciones, y son muchos los juzgados y tribunales que creen que este tipo de custodia es la solución menos mala para que se respete el derecho del hijo a crecer cerca de sus dos progenitores. Sin embargo, hay que reconocer que un importante sector de la jurisprudencia no quiere ni oír hablar de ella. Es cierto que la custodia compartida es una frase mucho más fácil de decir que de poner en práctica, pero optar por la custodia compartida es reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y los mismos deberes ante sus hijos que, tras la separación, todos son actores principales y no hay ningún actor secundario o de reparto. El problema es que la asimilación de los cambios sociales por el Derecho es lenta.

La otra cuestión que rodea el cese de la convivencia, y para muchos la más importante, es sin duda el tema económico. En cuanto a las pensiones alimenticias a favor de los hijos, salvo aquellos supuestos en los que resulta difícil acreditar los ingresos de los progenitores, en la mayoría de los casos, con mayor o menor acierto y con el obstáculo del fuerte endeudamiento familiar, el tribunal determinará la cuantía. Por lo que respecta a las pensiones entre cónyuges o convivientes, eso de la solidaridad post-conyugal es más invento de la doctrina que sentimiento real de los que se separan salvo, claro está, que el cese de la crisis haya sido por infidelidad, ya que en estos casos hay cierto sentimiento de culpabilidad y durante unos años se paga la pensión con la sensación de que es justa. La edad a la que hoy se contrae matrimonio ha permitido a los cónyuges cursar estudios universitarios o buscar un empleo; la escasa duración de muchos matrimonios y la reticencia a tener descendencia justificará que la pensión compensatoria no tenga siempre carácter vitalicio.

Donde realmente vienen los obstáculos insalvables es en la liquidación del patrimonio común. En la mayoría del territorio español donde el régimen supletorio a falta de pacto es el régimen de gananciales, la confusión del patrimonio común con los patrimonios privativos genera infinidad de problemas. Este tipo de régimen económico tenía justificación cuando ambos se unían en una comunidad de vida que duraba hasta que el fallecimiento de uno de los cónyuges ponían fin a la convivencia, pero hoy día, con matrimonios de escasa duración, la sociedad de gananciales nada más crea problemas y en algunos casos enriquecimientos injustos, pero lo que parecía inamovible parece que empieza a desmoronarse. En la Comunidad Valenciana se ha dado el primer paso para que sólo se llegue al régimen de gananciales por pacto entre los cónyuges. El Pleno de Les Corts, en la sesión del día 30 de enero de 2007, ha debatido la toma en consideración de la Proposición de ley de régimen económico matrimonial valenciano, presentada por el Grupo Parlamentario Popular para recuperar el Derecho civil histórico de los valencianos, y como se dice en el proyecto, adaptado a la realidad social actual de la Comunitat Valenciana. Cuando la Ley 10/2007 entre en vigor, el régimen económico supletorio a falta de pacto será el de separación de bienes, lo que no impide que los cónyuges puedan pactar en capitulaciones matrimoniales otro régimen distinto incluida la germanía, definida en el artículo 38 de la Ley como la comunidad conjunta o en mano común de bienes pactada entre los esposos en carta de nupcias antes de contraer matrimonio, con ocasión del mismo, o bien en cualquier momento posterior. La germanía puede comprender todos, alguno o algunos de los bienes de los esposos. Su composición puede modificarse durante su vigencia, tanto en el sentido de aportar bienes a la misma, como en el de excluir bienes de ella. Esperemos que esta iniciativa se traslade al legislador nacional y, por fin, acometa una importante reforma en materia de regímenes económico matrimoniales.

Paradójicamente, la Comunidad Gallega en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia ha preferido mantener el régimen de gananciales como régimen supletorio, y es más, parece haber extendido dicho régimen incluso a las parejas de hecho, puesto que en la disposición adicional tercera, se indica que “A los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges. Tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia”.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

Disposiciones testamentarias de protección de descendientes del causante menores de edad
Ana Díaz Martínez **23**

El deber de alimentos como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes
David López Jiménez **61**

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaración de nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial al haberse denegado la práctica de prueba en segunda instancia sin motivar adecuadamente aquella decisión, reconociéndose por el Tribunal Constitucional que se ha vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 291/2006, de 9 de octubre **81**

Vulneración del derecho de libertad de expresión e información cuando, una abuela, en un juicio en el que solicita la custodia de su nieto, manifiesta que la madre del menor era toxicómana y que como condición para ver al menor le solicitaba dinero que presumía que era para la compra de droga, manifestaciones por las que dicha abuela fue condenada penalmente.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 299/2006, de 23 de octubre **86**

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Interpretación espiritualizada de la exigencia de aportación de un principio de prueba con la demanda de reclamación de paternidad, en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2006 **90**

Declaración de maternidad respecto del actor que en su día fue inscrito como hijo de mujer con nombre propio distinto del verdadero para no descubrir su condición de madre soltera al haber quedado acreditada la constante posesión de estado de aquél, aun cuando el hermano se haya opuesto a la estimación de la demanda y no se haya practicado la prueba biológica.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2006 **93**

VIVIENDA FAMILIAR

No habiéndose establecido límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar que pertenece a una comunidad de bienes, se considera extinguido el mismo cuando las hijas alcanzaron la mayoría de edad, y siendo ambas mayores de edad, tal atribución no se constituye en un obstáculo para la división de la cosa común.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2006

95

No existe ningún obstáculo para ejercitar la acción de división de cosa común de una vivienda cuyo uso tiene atribuido la esposa por la sentencia matrimonial, si bien dicho uso deberá ser respetado.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2006

98

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Ejercitada una acción rescisoria por la esposa frente a una compraventa realizada por el esposo a favor de unos terceros, se considera caducada la acción al haberse ejercitado transcurrido el plazo de cuatro años, sin que pueda entenderse interrumpido el plazo por la interposición de una denuncia penal por la esposa frente al esposo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de enero de 2006

100

Falta de legitimación de la esposa para interponer una tercería de dominio por el embargo de bienes gananciales por deudas del esposo en el ejercicio del comercio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2006

102

Habiéndose interpuesto por el ex esposo un procedimiento de modificación de medidas con la finalidad de que se excluya del convenio regulador en el que se liquidó la sociedad de gananciales un inmueble que consideraba privativo, se estima la excepción de litispendencia en el procedimiento declarativo interpuesto por la ex esposa en el que ejercitaba una acción declarativa de dominio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2006

103

Efectuada la liquidación de la sociedad de gananciales en la que la esposa se adjudicó la vivienda familiar, se declara la nulidad de la inscripción sobre el inmueble al haberse vulnerado en la liquidación los derechos de un acreedor al que el esposo le firmó un documento de reconocimiento de deuda.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de marzo de 2006

104

Si la esposa no ejercitó dentro del plazo de cuatro años la acción de rescisión del convenio regulador en el que se incluía la liquidación de la sociedad de gananciales, por lesión en más de una cuarta parte del valor de los bienes, no puede, por vía de la acción de enriquecimiento injusto, reclamar cantidad alguna.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de abril de 2006

110

No es necesario demandar a la esposa y por tanto se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, en la demanda ejercitada por una constructora contra el marido reclamando el importe de la obra realizada en una finca de carácter ganancial puesto que el marido contrató en nombre propio, suscribiendo posteriormente un reconocimiento de deuda.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de abril de 2006

112

Revocación por incongruencia de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que partía de la base de que la actora había ejercitado una acción de rescisión por lesión cuando en la demanda, tal y como interpretó el juzgado, se ejercía una acción de nulidad por existencia

de vicios en el consentimiento en el momento de otorgar el convenio regulador en el que se liquidaba la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2006 **114**

La disolución del régimen de gananciales no puede efectuarse en documento privado y, aunque es cierto que la concreta liquidación puede realizarse en este tipo de documentos, no es posible realizarla cuando la disolución del régimen no ha tenido lugar.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2006 **116**

UNIONES DE HECHO

Acreditada la existencia de una unión de hecho que se prolongó durante al menos diez años y la exploración conjunta de un negocio de artesanía manteniendo cuentas bancarias comunes, se considera que existía la voluntad de creación de un patrimonio común que corresponde dividir al haber cesado aquella unión.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2006 **119**

Se declara la existencia entre los convivientes de *affectio societatis* sin que sea obstáculo para ello que la conviviente, a efectos de la seguridad social, apareciese como empleada de hogar del conviviente, y en consecuencia se acuerda condenar a la conveniente a abonar al actor una cantidad por enriquecimiento injusto habida cuenta que aquélla enajenó a un tercero un inmueble que se adquirió durante la convivencia.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2006 **121**

SUCESIONES

Rescisión de la donación efectuada por los padres a favor de la hija cuando, con anterioridad a la donación, la Agencia Estatal de Administración Tributaria había seguido diversos procedimientos contra aquéllos.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2006 **125**

Nulidad de la donación por falta de capacidad de la donante, no siendo necesaria que esté declarada la incapacidad judicialmente.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2006 **127**

Anulación de la partición hereditaria debiendo incluirse en la misma lo que constituyó el objeto de una donación que se considera inoficiosa.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2006 **129**

Reducción por inoficiosa de la donación de la nuda propiedad de acciones representativas del 37% del capital social, valorándose el incremento que aquéllas experimentaron desde la donación hasta el fallecimiento de la donante. Se considera improcedente el cómputo de la actividad del donatario al servicio de la sociedad y de lo pagado por él, más de un año después, para adquirir el usufructo.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2006 **132**

La conformidad del testador a lo leído por el Notario en un testamento abierto no es una fórmula ritual, dicha conformidad es una expresión de su voluntad que puede manifestarse por diversos medios según las circunstancias. En el caso de autos, por la manifestación de quedar enterado de lo leído por el Notario, firmando a continuación (por medio de un testigo, ante su manifestación de no saber hacerlo).

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2006

136

Apreciación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la acción de petición de herencia ejercitada únicamente frente a uno de los coherederos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2006

138

La donación a legitimario no puede ser reducida en lo que exceda de lo disponible por herencia por el donante; ha de hacerse la operación de imputación ordenada en el artículo 819 CC, imputando al tercio de libre disposición el exceso de dicha donación sobre lo que corresponde percibir por su legítima al donatario. Mejora expresa.— El donante no está obligado a utilizar la palabra «mejora» para cumplir con lo ordenado en el artículo 825 CC, pero su voluntad ha de ser inequívoca en que quiso desigualar a los legitimarios con cargo al tercio de mejora.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2005

140

CUESTIONES PENALES

Condena por un delito de apropiación indebida a la tutora que hace suyos los bienes de su sobrina menor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2006

143

OTRAS CUESTIONES

Teniendo conocimiento del acto dispositivo realizado por la madre en favor de la hermana y habiendo renunciado el hermano en la partición hereditaria a las derechos y acciones que pudieran corresponderle, se desestima la demanda interpuesta por el hermano frente a la hermana para que se declare la nulidad por simulación del contrato de vitalicio al entender que se trataba de una donación colacionable.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2006

149

Desestimada la acción rescisoria por fraude de acreedores respecto a los contratos de compraventa de dos inmuebles realizados por los padres a favor de la hija, ya que el banco ejecutante pudo perseguir otros bienes muebles que constaban en la diligencia de embargo y que tenían un valor superior a la deuda que se reclamaba.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2006

151

El contrato de compraventa de un bien propiedad de unos menores celebrado por su madre sin la preceptiva autorización judicial no es nulo, sino anulable, por lo que no habiéndose ejercitado la acción de anulación dentro de los cuatro años desde que alcanzaron la mayoría de edad, aquél debe reputarse totalmente válido.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2006

153

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

La heterosexualidad de los cónyuges en un matrimonio de personas de diferente sexo es una de las cualidades esenciales de la persona de tal manera que su ausencia, por la existencia de una orientación homosexual puede inducir al error esencial al otro contrayente y constituirse en un vicio del consentimiento que conlleva la nulidad matrimonial.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de junio de 2006 **157**

Fijación de una indemnización por nulidad matrimonial de 6.000 euros al haberse acreditado la mala fe del esposo que conociendo su inclinación homosexual se la ocultó a la que después se convertiría en su esposa.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de junio de 2006 **160**

PATRIA POTESTAD

Ha existido un retraso en el cumplimiento de su obligación alimenticia, prescrita por el artículo 154.1.º del Código Civil, pero este hecho no reviste, al menos todavía, la gravedad que sería exigible para justificar la privación de la patria potestad, al haber pagado la deuda.

AP València, Sec. 10.ª, Sentencia de 5 de junio de 2006 **160**

Con los meros argumentos que aporta y sin otro sustento probatorio, no se acredita que efectivamente sea consumidor de alcohol ni, lo que es más importante, que en la hipótesis que esto fuera así, que dicho consumo fuera suficiente para justificar la privación de la patria potestad.

AP València, Sec. 10.ª, Sentencia de 6 de junio de 2006 **161**

Habiendo transcurrido al menos cuatro años desde que el padre se ha desentendido de los hijos, procede privarle de la patria potestad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 16 de junio de 2006 **162**

Habiendo manifestado el padre en el interrogatorio no mantener con el hijo ningún tipo de relación, sin que desde la ruptura de la pareja lo hubiese visitado, ni prestado ningún tipo de ayuda económica, no importándole dónde vivía su hijo, si acudía a una guardería, y que tan sólo, si no tenía otro remedio, contribuiría económicamente a su sustento, procede privarle de la patria potestad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 21 de junio de 2006 **163**

GUARDA Y CUSTODIA

El cambio de residencia de la madre al lugar en que viven padre e hija supone una alteración sustancial de las circunstancias que en su día se tuvieron en cuenta para otorgar la custodia al padre, pero no por ello procede acceder al cambio de custodia instado por la madre: ante todo ha de primar el beneficio de la menor, que consta que se encuentra perfectamente integrada en el núcleo familiar que forma con su padre y abuela, concluyendo los informes técnicos la

conveniencia de mantener la actual guarda. Sí procede ampliar el régimen de visitas materno-filial. Presupuestos generales para la modificación de medidas.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de junio de 2006

164

Transformación de la custodia simple en custodia compartida al darse las circunstancias idóneas para ello.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de junio de 2006

165

Se atribuye al padre la guarda y custodia de la hija, pues desde la separación de hecho ha vivido con él, y además, dada su edad (16 años), es preciso tener en cuenta su voluntad y decisión de seguir con el padre, que es avalada por el Equipo Psico-Social.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2006

166

Si bien en el convenio regulador se fijó la custodia compartida, posteriormente la madre se trasladó durante dos años a vivir a Italia, regresando posteriormente a Mallorca, habiendo permanecido el menor durante ese tiempo con el padre, por lo que es procedente atribuir al padre la custodia.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de julio de 2006

167

RÉGIMEN DE VISITAS

Es adecuado al beneficio del menor la fijación de un régimen de visitas progresivo, que se articula en tres tramos: 1) hasta que cumpla 2 años; 2) de 2 a 4 años y 3) a partir de los 4 años. No puede prosperar la petición de la madre que, alegando que desde que el menor nació no ha convivido con el padre, pretende una mayor restricción (hasta los 5 años sin pernocta), pues contribuiría a que el menor viera al padre como un extraño. El principio del *favor filii* exige una adecuada relación del menor con cada uno de sus progenitores.

AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de julio de 2006

168

La conflictividad existente entre las partes justifica la fijación de un régimen de visitas a favor de los abuelos consistente en el primer sábado de cada mes desde las 10 horas hasta las 20 horas, debiendo realizarse las entregas y recogidas en el Punto de Encuentro Familiar.

AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de julio de 2006

169

VIVIENDA FAMILIAR

No existiendo hijos, y siendo el de la esposa el interés más necesitado de protección, se le concede el uso de la vivienda familiar sólo durante el plazo de 8 meses, al tratarse de una vivienda privativa del esposo: el artículo 96 CC impone la fijación de un plazo cuando se atribuye el uso al cónyuge no titular. No puede otorgarse indefinidamente, ni condicionarlo a que la esposa consiga una nueva vivienda en propiedad; tampoco incide en tal decisión el hecho de que el esposo tenga otra vivienda.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de junio de 2006

170

Procede denegar la atribución de dicho uso de forma compartida y periódica, cual solicita el recurrente, ya que la mera situación de conflicto familiar, patentizada en el presente proceso,

hace desaconsejable la cuasi-convivencia que pudiera derivarse de tal uso del inmueble, por demás molesto y originador, sin duda, de mayores enfrentamientos entre ambos.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de junio de 2006

171

Si la guarda y custodia de los menores se ha atribuido al padre, de conformidad al artículo 96 CC el uso de la vivienda familiar se ha de atribuir a los hijos y al padre, siendo absolutamente indiferente que los cónyuges tengan o no un importante patrimonio inmobiliario y varias viviendas, así como que el padre no haya solicitado dicho uso, pues al afectar a menores el Juez pueda adoptar dicha medida de oficio. La aplicación del artículo 96 CC es imperativa, salvo la existencia de previo acuerdo judicialmente aprobado: se trata de un derecho de los hijos que alcanza al cónyuge en cuya compañía quedan.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de junio de 2006

172

Siendo la vivienda familiar un edificio que consta de dos plantas independientes, separadas y con entrada autónoma, se atribuye el uso del primer piso a la esposa y el de la planta baja al esposo, al encontrarse desocupada. No es obstáculo para ello el hecho de que exista un solo contador de suministros, pues se puede repartir el coste de consumos o instalarse contadores independientes. No hay razón que justifique privar al marido de tal uso, que le implicaría un gravamen desproporcionado al obligarlo a alquilar otra vivienda.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de julio de 2006

173

PENSIÓN ALIMENTICIA

Procede eximir al padre de la obligación de pagar la pensión de alimentos de la hija mayor de edad, en los meses que ésta tenga trabajo con una retribución superior al salario mínimo o cobre paro.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de junio de 2006

173

Si se observa la certificación de la Tesorería de la Seguridad Social se aprecia que el hijo de 36 años de edad, aunque es cierto que hace tiempo inició su vida laboral, por un lado sus limitaciones (visión e inteligencia límite) y, por otro, la precariedad de su empleo están poniendo de evidencia la existencia de un estado de necesidad que precisa, cuando menos en un determinado grado, de ayuda económica.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 8 de junio de 2006

174

No cabe considerar en segunda instancia el hecho nuevo de que al padre se le ha reconocido la situación de incapacidad permanente total, dado que no se ha interesado en la alzada la incorporación de los documentos que se adjuntan al recurso de apelación, ni se ha justificado la procedencia de su admisión en ninguno de los supuestos tasados en el artículo 460 LEC. No obstante, dicha incapacidad para el trabajo habitual es compatible con la realización de otras actividades remuneradas y la prestación es también compatible con salarios procedentes de las mismas (artículos 137 y 141 LGSS).

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2006

175

No es determinante para fijar la cuantía de la pensión de alimentos, el hecho de que el padre destine más de la mitad de su sueldo al pago de un alquiler, pues podría evitar dicho gasto viviendo en casa de sus padres. Aunque sólo constan unos ingresos del progenitor de unos 600 euros, se fija una pensión de alimentos de 250 euros para dos hijas, pues no ha aclarado el

motivo del cierre y las pérdidas del negocio que regentaba, pese a que un testigo ha declarado que tenía bastante gente y parecía un buen negocio.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2006

176

Se reduce la pensión de alimentos del hijo pactada en el divorcio, al dejar el padre uno de los dos trabajos que realizaba por estar incurso en causa de incompatibilidad laboral. No procede una mayor reducción como pretende el apelante: por una parte, ha de valorarse que a la firma de dicho Convenio ya conocía que las posibilidades del reconocimiento de compatibilidad eran pocas, y por otra, ahora que no realiza ese 2.º trabajo, puede dar clases particulares. No es de recibo que, por tener un coste elevado, el padre pretenda que el menor no siga sus estudios en el mismo centro que en su día acordaron.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de junio de 2006

177

Estimación de la demanda interpuesta por un hijo contra el resto de hermanos para que, por partes iguales, se abone el importe del ingreso de la madre en una residencia, descontando lógicamente la cuantía de la pensión que percibe aquélla.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de junio de 2006

178

Las clases particulares, asistencia a cursos de verano, cursos en el extranjero y análogos son gastos extraordinarios: habiéndose acompañado con la demanda de ejecución los recibos y justificantes bancarios que acreditan que la madre ha abonado los gastos relativos a clases de danza e inglés de la hija, procede seguir adelante la ejecución despachada, en reclamación de la parte proporcional cuyo abono corresponde al padre.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de junio de 2006

178

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque en la instancia se solicitara la extinción de la pensión compensatoria, no resulta incongruente que en la alzada se inste su limitación temporal, pues dicho pedimento no excede del original, sino que aminora la pretensión inicialmente deducida.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de junio de 2006

179

Al haber pasado el esposo a la situación de jubilado, reduciéndose sustancialmente sus ingresos, se reduce la pensión compensatoria de la esposa, aunque no procede su extinción. Tampoco procede fijar una limitación temporal cuando la esposa cuenta con 61 años, tiene escasa capacitación y cualificación profesional y tiene unas deficiencias de audición en aumento que hacen muy difícil la obtención de un trabajo. Análisis jurisprudencial de los requisitos para la limitación temporal de la pensión compensatoria.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de junio de 2006

179

En el anterior procedimiento se fijaba un límite temporal a la pensión compensatoria de la esposa por padecer un carcinoma de mama, y se condicionaba su prórroga, duración ilimitada o extinción, en función de la evolución de su estado de salud: no constando que dicha enfermedad se haya agravado, procede declarar extinguida dicha pensión. En relación a otras dolencias, ya fueron en su día tenidas en cuenta, y en concreto las jaquecas que alega las padece desde que tenía 18 años.

AP Zamora, Sentencia de 13 de junio de 2006

182

Procede reducir el importe de la pensión compensatoria de la esposa al haberse reconocido el derecho a cobrar una pensión no contributiva, de la que no disfrutaba al tiempo del divorcio. Ahora bien, no procede minorarla en la misma cuantía a la que asciende la pensión no contributiva, pues ha de tenerse en cuenta que tiene 62 años y ha sido ingresada en una residencia por la que abona 900 euros, siendo auxiliada por su hermanos para dicho pago. Requisitos legales y jurisprudenciales para apreciar la existencia de una alteración sustancial de circunstancias.

AP Zamora, Sentencia de 13 de junio de 2006 **183**

A los efectos de determinar los ingresos del esposo para fijar a su cargo una pensión compensatoria, se ha de descontar el gasto fijo de la vivienda de arrendamiento en la que reside, que es un gasto fijo provocado directamente por la separación: percibiendo 1.246 euros/mes, y teniendo que abonar 330 euros/mes de alquiler, es razonable fijar una pensión compensatoria de 300 euros para la esposa. La existencia de otros gastos como de taller del automóvil, o préstamos personales, no es algo extraordinario, sino lógicos de cualquier persona y no pueden hacer variar tal pronunciamiento.

AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de junio de 2006 **185**

Si en el procedimiento de separación se solicitó pensión compensatoria por la esposa y se denegó, no procede conceder dicha pensión con ocasión de tramitarse el divorcio al existir cosa juzgada que es incluso apreciable de oficio.

AP Las Palmas, Sec.3.ª, Sentencia de 28 de junio de 2006 **185**

No procede fijar una pensión compensatoria que suponga el 50% de los ingresos del marido: el objetivo de tal pensión no es redistribuir, a partes iguales, los ingresos de uno de ellos.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de julio de 2006 **186**

CUESTIONES PROCESALES

Si transcurrido el tiempo de formulación de los recursos de apelación se produce un hecho nuevo de especial relevancia, como es la pérdida de trabajo de la esposa, no puede ser tenido en cuenta en la sentencia de la Audiencia, sino que ha de conceptuarse como hecho nuevo susceptible de iniciar otro proceso de modificación de medidas: lo contrario sería privar a las partes del principio de contradicción y del derecho a la doble instancia.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 6 de junio de 2006 **186**

Aunque la regla general es que los alimentos deben demandarse frente a los dos progenitores, la excepción se produce cuando uno de los obligados no se encuentre de forma notoria y justificada en situación de contribuir a los alimentos, ya que en tal supuesto la deuda alimenticia se concentra en el otro progenitor, como sucede cuando la madre sólo percibe una pensión compensatoria de 300 euros mensuales y además está prestando los alimentos en especie.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 8 de junio de 2006 **187**

Dada la total desvinculación de las partes del último domicilio común, el traslado de la accionante a otra localidad y el desconocimiento del domicilio actual del demandado, respecto al que se solicitaron diligencias de averiguación habrá de ser el lugar del domicilio de la accionante el que determine la competencia territorial del órgano judicial, en base al punto de conexión establecido en el artículo 769.1, párrafo segundo, de la Lec.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 9 de junio de 2006 **188**

No existe carencia sobrevenida del objeto del proceso, ni procede decretar el archivo del divorcio, por el mero hecho de que el esposo aporte un documento extranjero, traducido al español, con certificación de su firmeza, por el que se decreta el divorcio de un matrimonio búlgaro: se trata de una resolución extranjera que precisa el reconocimiento (exequátur) del Estado en que se pretende hacer valer (artículo 523 LEC), pues de no ser así no despliega la eficacia probatoria necesaria para acreditar la anterior disolución matrimonial.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 12 de junio de 2006

189

Procede imponer las costas de primera instancia al actor al haberse desestimado su petición de modificación de la pensión de alimentos que había sido fijada 4 meses antes en el proceso contencioso de divorcio: dicha pensión se fijó en base a su edad, experiencia y capacidad de iniciativa empresarial, sin que ni siquiera haya intentado acreditar que hayan cambiado tales circunstancias, sino que más bien pretende que se reconsidere lo ya resuelto en sentencia firme. No existen dudas de hecho que justifiquen la no condena en costas.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de junio de 2006

190

Las demandas presentadas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer antes de dictarse una resolución que ponga fin al proceso penal, mediante auto de archivo o sentencia absolutoria no modifican su competencia y por ello debe seguir conociendo del procedimiento matrimonial.

AP Córdoba, Sec. 1.ª, Auto de 16 de junio de 2006

191

No se conceden las litis expensas al no haber acreditado la solicitante la imposibilidad de obtener el beneficio de justicia gratuita.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de junio de 2006

191

Condena en costas en el procedimiento de modificación de medidas que pretendía la extinción de la pensión alimenticia de la hija, ya que, aunque no hubo oposición, fue necesario tramitar todo el procedimiento, lo que podría haberse evitado con una simple comparecencia de la hija antes de celebrarse el juicio verbal.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 3 de julio de 2006

192

No se estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque no hayan sido demandados los hijos mayores de edad, cuando se pretende la extinción de la pensión de alimentos que les fue fijada en anterior sentencia de separación. Análisis de la jurisprudencia menor en la que se exponen los argumentos por los que es el cónyuge demandado el único legitimado, tanto procesal como materialmente, para defender tal pretensión.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de julio de 2006

192

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose probado que el alimentista se ha incorporado al mercado laboral, y no siendo éste ni siquiera un hecho discutido entre las partes, no puede seguir adelante la ejecución de una obligación de pago que debería considerarse extinguida. Se estima la oposición a la ejecución. Aún siendo cierto que el proceso de ejecución no es el idóneo para suscitar modificaciones de medidas, lo que no puede aceptarse es que la modificación de las medidas adoptadas en un proceso matrimonial, requiera siempre de un proceso judicial para refrendarlo, pues es innecesario si no existe litigio sobre ese hecho entre las partes.

AP La Rioja, Sec. 1.ª, Auto de 19 de junio de 2006

193

No se estima como motivo de oposición la alegación de que la madre carece de legitimación para reclamar los alimentos del hijo, al no convivir ya con ella: la modificación de la medida

acordada en la resolución que se ejecuta, no puede llevarse a efecto en el proceso de ejecución, sino que ha de resolverse a través del proceso de modificación de medidas.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Auto de 21 de junio de 2006

194

Se desestima como motivo de oposición a la ejecución el alegado pacto o promesa de no pedir, que no sólo no se ha documentado en instrumento público, sino que además está huérfano de prueba: el padre manifiesta, pero no prueba, que existió un acuerdo en base al cual él abonaría otros gastos no recogidos en el Convenio, y de esa forma pagaría el importe de la pensión de alimentos. Tampoco puede estimarse pluspetición por el hecho de que haya asumido, de forma voluntaria y al margen de la pensión, gastos que ascienden a 1.730,51 euros.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 27 de junio de 2006

195

Como motivos de oposición a la ejecución sólo cabe articular los expresamente previstos en el artículo 556 de la LEC: se desestima la oposición basada en haber efectuado el pago en mano. Tampoco puede prosperar como motivo de oposición, el hecho de que el hijo accediera al mundo laboral, pues no es el trámite de ejecución el adecuado para modificar una sentencia firme, debiendo acudir al procedimiento de modificación de medidas para dilucidar si realmente se ha producido una alteración sustancial de circunstancias que permita la extinción de dicha pensión.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 7 de julio de 2006

195

REGÍMENES ECONÓMICOS

Excepción de litisconsorcio pasivo necesario al ejercitar una acción reivindicatoria sobre una finca ganancial sin que la esposa haya sido demandada: las reales o limitativas del dominio es inexcusable que se dirijan contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal. Tal situación no puede confundirse con la facultad que el artículo 1385.2.º CC concede a cualquiera de los cónyuges para defender bienes y derechos comunes: cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero pasivamente no han de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que debió ser dirigida contra los dos.

AP La Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de junio de 2006

196

No procede incluir en el inventario la vivienda que durante varios años constituyó el domicilio familiar, pues no se ha acreditado que el padre de la esposa, propietario de la misma, la donara a la sociedad de gananciales; no existe además escritura pública que es requisito necesario para la validez de la donación de inmuebles (artículo 633 CC). Haber desempeñado el cargo de presidente de la comunidad en nada afecta a la titularidad. El disfrute de la vivienda lo ha sido a título de precario, por lo que no procede incluir un crédito por las cuotas comunitarias, que son a cargo de quienes han disfrutado su uso.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2006

198

Tiene carácter privativo la indemnización por despido percibida por la esposa cuando estaba a punto de concluir el proceso de separación: merece la consideración de privativa porque supone la «expropiación» del derecho al trabajo, que es genuinamente particular, y no tiene encaje en el artículo 1347.2.º CC.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2006

199

Procede incluir en el inventario las participaciones de una sociedad de la que el esposo fue socio fundador y administrador solidario, sin que pueda admitirse la alegación de que fueron vendidas constante el matrimonio y con el consentimiento de la esposa, pues ni se documentó

en escritura pública (como exige el artículo 10 de los Estatutos de la mercantil), ni aparece contabilizado en los libros de contabilidad. Tal situación irregular no puede beneficiar a quien la ha propiciado, y era su obligación probar la realidad (artículo 217 LEC). Se obliga igualmente al esposo a rendir cuentas de la administración de tales participaciones.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2006

199

El reconocimiento de deuda suscrito entre el esposo y su hermana en relación a un préstamo que aquélla le hizo a éste, no puede incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales al no haberse acreditado en forma la realidad del préstamo ni su inversión en el levantamiento de las cargas de la sociedad de gananciales.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de junio de 2006

200

La valoración de los bienes partibles ha de efectuarse con respecto al momento de practicarse la partición, y no al de la disolución de la sociedad de gananciales: desde la disolución hasta la liquidación pueden producirse incrementos o disminuciones patrimoniales que han de ser de riesgo y ventaja de los integrantes de la sociedad de gananciales.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de junio de 2006

202

Habiéndose hecho constar en la escritura pública de adquisición que es ganancial el solar sobre el que se encuentra la vivienda, y estando así inscrito en el Registro de la Propiedad, ha de presumirse su carácter ganancial, haciéndose extensiva tal presunción de ganancialidad del solar a la edificación efectuada sobre el mismo (artículo 1359 CC).

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 22 de junio de 2006

202

Valoración de las Viviendas de Protección Oficial: es consolidada la jurisprudencia que, en la liquidación de gananciales, ha de valorarse con arreglo a su valor real, pues de lo contrario se produciría enriquecimiento injusto de un cónyuge frente al otro, al ser ésta una calificación de carácter temporal, que podría incluso dejarse sin efecto mediante la correspondiente descalificación, pudiendo así ser vendida con arreglo a precios de mercado.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de julio de 2006

203

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

En el juicio verbal especial de oposición a la adopción, no se trata de dilucidar si los padres han de ser o no privados de la patria potestad, sino de constatar si están incurso en causa de privación de la patria potestad. Aunque no exista sentencia que prive a los padres biológicos de la patria potestad, de este pleito –en el que se constata el desamparo de los menores–, se concluye que los padres están incurso en causa para tal privación, por lo que no es necesario su asentimiento, sino la simple audiencia. Distinción entre consentimiento, asentimiento y mera audiencia (artículo 177 CC).

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de julio de 2006

203

El momento para apreciar si la madre está incurso en causa de privación de la patria potestad es aquél en que aún la tenía atribuida y fue suspendida en la misma. La paternidad biológica no otorga un derecho absoluto a su ejercicio y ha de ceder ante el principio del interés del menor. No ataca la recurrente la situación de abandono que se produjo, limitándose a pedir una nueva oportunidad y criticar la actuación de la entidad pública: constatado el desamparo sufrido por los menores, sólo ha de ser oída en el expediente de adopción.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de julio de 2006

205

Aunque los padres biológicos no estén privados de la patria potestad por sentencia judicial, no es necesario su asentimiento para la adopción, pues en este proceso de oposición a la adopción se demuestra que están incurso en causa legal de privación de la patria potestad: los padres lo desatendieron, motivando una situación de desamparo y luego el acogimiento familiar preadoptivo, que es totalmente beneficioso para él, hasta el extremo que una vuelta atrás le resultaría perjudicial.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 5 de julio de 2006

206

No es necesario el asentimiento de la madre para la adopción al estar incurso en causa de privación de la patria potestad. Aunque alegue que no existió incumplimiento de sus deberes, sino imposibilidad de cumplirlos, lo decisivo es que se produjo el efectivo incumplimiento y ello afectó a los menores que estuvieron desasistidos durante años. Cierta mejoría de la madre no afecta a tal decisión, pues supondría propiciar una resolución fundada en una apariencia carente de solidez con el consiguiente riesgo del futuro de los hijos. Requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para la privación de la patria potestad.

AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de junio de 2006

208

FILIACIÓN

Se desestima la demanda en reclamación de paternidad extramatrimonial con respecto a un señor ya fallecido: al haber sido incinerado, no pudo practicarse la prueba biológica de paternidad, sino sólo la consistente en comparar una muestra de sangre del actor con la de un hermano del fallecido: lo único que se extrae de esa prueba es que los varones de esa rama familiar son parientes. No existe la necesaria certeza para declarar tal paternidad, máxime cuando el fallecido tenía otros dos hermanos, y tampoco existen otras pruebas para concluir la existencia de relaciones íntimas entre la madre del actor y el finado.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 1 de junio de 2006

209

OTRAS CUESTIONES

Se deniega la autorización para enajenación de bienes de una persona incapaz, pues no se justifica la necesidad o utilidad porque uno de los hijos de la incapacitada tenga dificultades económicas para la compra de una vivienda. Dicho motivo es insuficiente, pues la venta ha de obedecer al interés de la incapaz, sin perjuicio de lo que resultare en otro proceso para resolver conflictos entre comuneros. Teniendo los hijos la nuda propiedad, y la madre incapaz el derecho de usufructo, el derecho de ésta no se limita al uso, sino que abarca el arrendamiento e hipoteca, que pudiera llegar a ser conveniente frente a futuras necesidades.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Auto de 7 de junio de 2006

211

Se desestima la demanda en la que el letrado reclama a su cliente sus honorarios profesionales devengados en el proceso de separación matrimonial: la totalidad de la prueba practicada acredita que es cierta la alegación de la demandada relativa a la existencia de un pacto sobre honorarios en el sentido de que éstos no sobrepasarían 200.000 pesetas.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2006

212

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

REGIMEN DE VISITAS

Síndrome de alienación parental: medidas para la recuperación de la relación paterno-filial.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla, Auto de 6 de julio de 2006

214

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

Aun partiendo del principio incuestionable de que las parejas del mismo sexo no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho.

Resolución de 5 de junio de 2006

227

Admisibilidad de que pueda modificarse el nombre de la menor adoptada en la India por el que se hayan impuesto los padres adoptantes.

Resolución de 14 de junio de 2006

229

No basta la declaración voluntaria y solemne por sí sola para provocar la inscripción, sino que, por el contrario, la inscripción del reconocimiento de paternidad deberá ser denegada cuando este reconocimiento resulte ambiguo o cuando por cualquier otro motivo puede deducirse fundadamente que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del menor.

Resolución de 5 de julio de 2006

230

MATRIMONIO

Habiéndose decretado el divorcio de una persona que adquirió la nacionalidad española, no existe ningún obstáculo para que pueda inscribirse el segundo de los matrimonios que contrajo en México con anterioridad a obtener la nacionalidad.

Resolución de 7 de junio de 2006

231

No puede inscribirse en el Registro Civil el matrimonio de un español de origen hindú al no aportarse certificación de matrimonio no siendo suficiente la mera declaración de la conyacente en la que ésta manifiesta bajo juramento que el matrimonio se contrajo.

Resolución de 8 de junio de 2006

233

No es inscribible un matrimonio contraído por un español en Marruecos al haber quedado acreditado que con anterioridad había contraído otro matrimonio que se disolvió por divorcio mucho después de contraerse el segundo matrimonio.

Resolución de 27 de junio de 2006

233

No puede inscribirse un matrimonio contraído entre dos extranjeros en la República dominicana habiendo adquirido uno de ellos posteriormente la nacionalidad española, al acreditarse que se trata de un matrimonio de conveniencia.

Resolución de 27 de junio de 2006

234

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No se puede inscribir un mandamiento de embargo sobre una finca inscrita a favor de un francés y para su régimen económico, al haberse seguido el procedimiento únicamente contra el esposo, no bastando la mera notificación a la esposa.

Resolución de 10 de julio de 2006

236

SUCESIONES

No es anotable el embargo practicado sobre un bien de la única heredera del causante al haberse seguido el procedimiento exclusivamente contra la herencia yacente.

Resolución de 5 de julio de 2006

236

Es procedente la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencia en la que se declaran herederos en partes iguales a los dos hijos sin perjuicio de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, aun cuando este último falleciera antes de procederse a la inscripción, siendo admisible declarar heredero a una persona fallecida, a efectos de que opere el derecho de transmisión.

Resolución de 17 de julio de 2006

238

SECCIÓN PRÁCTICA

Modificación de medidas: problemática en relación con la competencia

241

Casos prácticos.

247

DERECHO CANÓNICO

Admisión de pruebas no tipificadas en el Código de Derecho Canónico. Medios de reproducción de la palabra y de la imagen, e instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso

María Dolores Azaustre Garrido

255

TRIBUNA ABIERTA

Disposición de la vivienda familiar por el cónyuge a quien se le atribuyó su uso y es titular del inmueble: ¿necesidad de autorización judicial o consentimiento del otro cónyuge?

Roberto Llorente Pintos

263

El derecho a una retribución al tutor en el ejercicio de su cargo

Juan José Reyes Gallur

268

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Décálogo del buen divorcio	275
¿Cuándo es nulo el matrimonio?	278
Publicaciones, noticias y datos de interés.	284

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad.	291
Guarda y custodia.	291
Régimen de visitas.	292
Vivienda familiar y ajuar familiar.	292
Pensión alimenticia.	293
Pensión compensatoria.	294
Cuestiones procesales.	295
Convenio regulador.	296
Ejecución de sentencias.	296
Regímenes económico-matrimoniales.	297
Procedimientos de menores.	299
Filiación.	300
Uniones de hecho.	300
Cuestiones penales.	300
Cuestiones registrales.	302
Sucesiones.	303
Otras cuestiones.	303

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE PROTECCIÓN DE DESCENDIENTES DEL CAUSANTE MENORES DE EDAD¹

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La preocupación de los padres y abuelos de asegurar a sus descendientes menores de edad unas buenas condiciones de vida después de su muerte encuentra en el testamento un vehículo idóneo para realizar dicha ordenación. El presente estudio analiza las previsiones que el Código Civil español permite adoptar al testador en torno a la protección de la persona y los bienes del menor, a través, principalmente, de la institución de la tutela y el nombramiento de administrador de los bienes transmitidos a título gratuito. Además, se examinan las posibilidades que nuestro Derecho ofrece al causante en la distribución de su patrimonio tras su fallecimiento que resultan más beneficiosas para alcanzar el objetivo de proteger al menor descendiente, según las circunstancias familiares, en lo relativo a la mejora, los legados, la partición o el pago en metálico de legítimas.

ABSTRACT

The will is an excellent instrument for those parents' and grandparents' who are concerned about ensuring their minor descendants good life conditions after their death. The present study analyses the precautions that Spanish Civil Code allows the testator to adopt relating to protection of the person and goods of the minor. This protection may be mainly provided through the institution of guardianship and the designation of an administrator for those goods which might have been passed on gratuitously. Moreover, the article examines the possibilities that Spanish Civil law offers the testator to distribute his own estate after his death which are best to achieve the protection of his minor descendants, according to the family circumstances, regarding improvement, specific legacies, partition or payment in money of the proportional share of estate that sometimes passes by law to those descendants («legítima»).

1. El presente estudio ha sido realizado dentro del proyecto de investigación «La transformación social de la familia. Una revolución en el sistema sucesorio» (PGIDIT05CSO202004PR) financiado por la Consellería de Innovación, Industria e Comercio de la Xunta de Galicia dentro del Programa Sectorial de Ciencias Sociales del Plan Gallego de IDTI de 2005, dentro del cual se integra la autora como investigadora.

Sumario

I. PLANTEAMIENTO

II. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE LOS ASCENDIENTES ATINENTES A LA PERSONA Y BIENES DEL MENOR

II.1. Facultades de intervención de los padres en la configuración de la tutela futura de sus hijos

A) Ámbito de actuación de los progenitores. B) Condiciones de eficacia de la cláusula testamentaria de designación de tutor por parte de uno de los padres.

II.2. Designación testamentaria de defensor judicial

II.3. Nombramiento por los ascendientes de administrador de los bienes transmitidos a título gratuito a los menores

II.4. Sustitución pupilar

III. LA ORDENACIÓN DEL DESTINO DE LOS BIENES DEL TESTADOR EN ATENCIÓN A LA PROTECCIÓN DE DESCENDIENTES MENORES DE EDAD

III.1. Finalidad perseguida y medios adecuados para lograrla

III.2. Una primera decisión: ¿se mejora al menor de edad?

A) Delegación de la facultad de mejorar y distribuir los bienes. B) Mejora del descendiente designado como tutor.

III.3. Determinación de la categoría de bienes o derechos que se transmiten al menor de edad. Partición hecha por el propio testador. Designación de contador-partidor. Pago en metálico de legítimas

III.4. El descendiente menor de edad como beneficiario de legados. Especial consideración de los legados de alimentos

A) Imputación de legados hechos a legitimarios menores de edad. B) Legado de alimentos *versus* institución de heredero o legatario con la carga modal de la atención al menor de edad.

I. PLANTEAMIENTO

Aunque podamos compartir genéricamente la opinión de quienes, como GONZÁLEZ PORRAS, subrayan la función socialmente secundaria que hoy desempeña el testamento y la utilización, especialmente por las clases económicamente más poderosas, de formas alternativas de transmisión en vida de su patrimonio, en particular con el objetivo de obtener un mejor tratamiento fiscal², no puede obviarse que, como el propio autor reconoce, aunque no se

2. *Familia, herencia, sociedad*, Instituto de Estudios y Organización (IDEOR), Córdoba, 1993, pp. 89-91. Considera este autor que no es arriesgado afirmar que el testamento como medio tradicional de transmisión de bienes a los hijos y descendientes ha perdido parte de su predicamento entre las clases altas, que utilizan formas de transmisión *inter vivos* de su patrimonio, empleando fórmulas como la renta vitalicia, el contrato de vitalicio, donaciones, los seguros de vida o diferentes operaciones

transmitan en ellos las más grandes fortunas, el número de testamentos otorgados no disminuye y siguen siendo el instrumento adecuado –bien en exclusiva, bien como complemento de otros– para la ordenación de las relaciones patrimoniales de numerosas personas después de su muerte.

Es más, a nuestro juicio probablemente se revitalice el testamento en los próximos años ante la expansión de las nuevas tendencias, ya una realidad legislativa en varias Comunidades Autónomas, que establecen grandes reducciones en la base imponible, tipos muy bajos o deducciones en la cuota del impuesto de sucesiones en favor de los hijos, especialmente los de corta edad, respecto de las herencias transmitidas por sus padres, lo que, sin duda, será una razón determinante, en muchos casos, para retrasar las transmisiones del patrimonio a los descendientes hasta la muerte del titular, abandonada la búsqueda de mejores condiciones fiscales³.

La celebración de tal negocio jurídico, el otorgamiento de testamento, sin duda encierra en sí una amplia gama de posibilidades, puestas al servicio del causante, para cumplir uno de los fines que a menudo se pone de manifiesto cuando se requiere asesoramiento jurídico antes de proceder a su formalización, la protección de determinadas personas vinculadas afectivamente con el causante, cuya situación personal y económica pretende garantizarse en el futuro, en particular los descendientes⁴. Sin duda, el testamento brinda al titular del patrimonio un vehículo más completo para la protección integral de aquellas personas que los diferentes medios de transmisión en vida de su patrimonio a que antes hacíamos referencia, pues junto con las disposiciones de carácter estrictamente económico da cabida a otras relativas a la esfera personal.

Uno de los colectivos que ha sido siempre objeto de preocupación en el ámbito familiar a la hora de otorgar testamento ha sido el de los descendientes discapacitados, principalmente hijos, en atención a sus mayores dificultades –cuando no imposibilidad– de desenvolvimiento en el mundo laboral. Por ello la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, introdujo

con sociedades mercantiles. No obstante, él mismo señala que la utilización de estos instrumentos como alternativa a la sucesión tradicional no siempre es aconsejable y pueden ser sólo remedios parciales para situaciones concretas, sin que ello lleve más que a la transformación y simplificación del Derecho de sucesiones, para poder hacer frente a las nuevas necesidades y realidades sociales (*op. cit.*, pp. 102-104).

3. Así, pueden verse el Decreto foral legislativo 250/2002, de 16 de diciembre, de Navarra, que aprueba el texto refundido de las disposiciones del impuesto de sucesiones en esa Comunidad, que contempla exenciones cuando lo heredado es una empresa, negocio o participaciones societarias, en determinadas condiciones, básicamente de continuidad de la actividad mercantil, así como tipos del impuesto muy bajos cuando el objeto de la transmisión hereditaria es otro y los herederos descendientes del causante; la Leyes aragonesas 26/2003 y 13/2000, que aplican una reducción en la base imponible del 100% de su valor cuando la adquisición hereditaria corresponde a hijos del causante menores de edad; también las Comunidades de Cataluña ((Leyes 21/2001 y 31/2002), Madrid (Leyes 13/2003 y 13/2002) o Cantabria (Ley 11/2002) establecen significativas reducciones en la base para los descendientes, que son mayores en el caso de los menores de 21 años y, en algunos casos, aumentan por cada año menos de 21 que tengan aquéllos. Por la vía de las grandes deducciones en la cuota han optado la Ley 8/2003, de 21 de noviembre, de la Comunidad de Murcia y la Ley 10/2003, de Baleares, ambas con una del 99% para las adquisiciones hereditarias realizadas por descendientes menores de 21 años. Tanto muchas de estas normas citadas como las de otras Comunidades Autónomas no mencionadas contienen un tratamiento fiscal favorable para las adquisiciones hereditarias de la vivienda familiar, explotaciones agrarias o empresas.

En todo caso, la mayoría de las Comunidades van mucho más allá en su tratamiento favorable para los hijos menores que realizan adquisiciones *mortis causa* de sus padres que las reducciones en la base imponible establecidas por la Ley estatal 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del impuesto de sucesiones y donaciones, que distingue a tal efecto, en su artículo 20, diferentes grupos de parentesco, con una especial consideración para los descendientes menores de 21 años.

4. En este mismo sentido, LÓPEZ FRÍAS (*Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Granada, Comares, 2004, p. 69) asegura que la vía testamentaria es, dentro de las que el Derecho Privado ofrece, una de las más utilizadas por los padres para asegurar, en la medida de lo posible, el bienestar personal y económico de los hijos menores o incapaces para cuando ellos falten.

novedades en el Derecho español –Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y normativa tributaria– con el propósito de hacer efectivas medidas concretas orientadas a su protección patrimonial, algunas de las cuales implican modificaciones en el Derecho sucesorio cuyo interés sin duda supera ampliamente al de la creación del patrimonio separado y protegido para las personas con discapacidad que en principio se presenta como la mayor aportación de este texto legislativo⁵.

Sin embargo, al lado de la atención especial a los discapacitados que siempre han manifestado quienes se proponían otorgar testamento y tenían entre sus familiares más cercanos a alguno de ellos⁶, que efectivamente merecía un tratamiento peculiar por parte del legislador, debe destacarse el desvelo de la mayoría de los testadores por asegurar unas ciertas condiciones de vida a sus descendientes menores de edad –básicamente, hijos y nietos– incorporando a los correspondientes documentos el contenido necesario para dar forma jurídica a tales deseos, así como, en determinados casos, dejar previstas cláusulas de salvaguardia de los bienes transmitidos a dichos menores frente a las facultades de administración de los mismos que, en principio, corresponden a los padres del menor o a aquel de ellos que sobreviva⁷. En nuestros días, el crecimiento de las familias monoparentales, así como la frecuente existencia de padres que nunca han vivido juntos o se han separado tras un período de convivencia, matrimonial o no, sin duda ha acentuado la necesidad de buscar instrumentos jurídicos que den cauce a la intención de proteger económica y personalmente al menor y, a veces, al mismo tiempo sirvan para alejar de su patrimonio al otro progenitor, objetivo no siempre loable ni jurídicamente posible.

La finalidad de este estudio enlaza, pues, con estas preocupaciones de los padres y otros ascendientes, tratando de ofrecer de manera articulada, con un análisis de su contenido, utilidad y riesgos, las medidas que nuestro Derecho sucesorio pone a disposición de quien se propone otorgar testamento para que éste adopte las precauciones que estime oportunas para garantizar la protección de sus descendientes más débiles, los menores de edad, poniendo de relieve, asimismo, los límites que nuestro ordenamiento jurídico impone a la autonomía de la voluntad en este ámbito. Indudablemente la auténtica libertad de testar –sin perjuicio del obvio respeto al sistema legitimario que nuestro Derecho pergeña– debe tener como sustrato –como cualquier otra libertad, por otra parte– la más completa información que sea posible ofrecer sobre las posibilidades que se le brindan al que ha de tomar la decisión⁸.

5. *Vid.* Exposición de Motivos y los ocho primeros artículos dedicados a la regulación pormenorizada de ese patrimonio protegido.

6. Véase la descripción que de esa situación, conocida de cerca por su profesión de Notario, hace DE LA CUESTA Y AGUILAR (*La tutela familiar y disposiciones a favor del menor e incapaz*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 9 y 10), quien propone la redacción de testamentos no estereotipados que ofrezcan soluciones jurídicas en atención a las demandas de aquellos padres que se encuentran con el problema de tener un hijo discapacitado y sienten la necesidad de prever su futuro en todos los ámbitos.

7. Se trataría en estos casos de articular jurídicamente el deseo del abuelo de que los padres del menor o uno de ellos no tenga poder alguno de administración sobre el patrimonio que él le transmite *mortis causa* (piénsese en el fallecimiento previo del hijo del disponente y en unas malas relaciones con el cónyuge que le ha sobrevivido) o la voluntad de uno de los padres de que el otro progenitor carezca de esas facultades, que principalmente aparece ligada, como es obvio, a los casos de crisis matrimonial de los titulares de la patria potestad (separación o divorcio).

8. Es cierto que la tendencia demográfica al envejecimiento de la población suele determinar que cuando se abre la sucesión *mortis causa* de una persona, sus hijos sean ya adultos, con una vida económicamente organizada (en este sentido, ÁLVAREZ SALA: «El derecho civil en el siglo XXI», *RDN*, enero-marzo 1989, p. 33), pero también lo es que determinadas enfermedades, como las oncológicas, afectan de modo particular a sectores de población jóvenes, con hijos de corta edad, y generalmente ofrecen un cierto margen de tiempo para que los afectados puedan tomar decisiones de la índole que analizamos, organizando las previsiones que consideren oportunas en protección de sus descendientes. Del mismo modo, tampoco puede olvidarse la

No contemplaremos, por otra parte, en este estudio sólo disposiciones testamentarias de carácter patrimonial, aunque sí ciertamente de modo principal a ellas nos referiremos, pues al lado de las que con su contenido económico pretenden dar estabilidad de esta índole al menor de edad tras la muerte de su ascendiente no pueden desdeñarse otras con las que el ordenamiento jurídico español da respuesta a los deseos de dejar también ordenados los aspectos puramente personales de la vida del descendiente. En concreto, ambas facetas –personal y patrimonial– se funden en una de las disposiciones testamentarias habituales en estos casos, la de designación de un tutor para el menor *ex* artículo 223 CC, en la que habrán, indudablemente, de pensar los padres, para el caso de fallecimiento simultáneo de ambos o el que de ellos sobreviva tras la muerte del otro y se disponga a ordenar sus últimas voluntades, así como aquel de ellos respecto del cual esté determinada la filiación con carácter exclusivo o que sea titular único de la patria potestad, por privación judicial de la del otro (artículo 170 CC)⁹.

I. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE LOS ASCENDIENTES ATINENTES A LA PERSONA Y BIENES DEL MENOR

I.1. Facultades de intervención de los padres en la configuración de la tutela futura de sus hijos

A) Ámbito de actuación de los progenitores

Quizá el mayor interés que ha despertado en la doctrina la exégesis del artículo 223 CC sea el de destacar los condicionamientos que para la voluntad de los padres supone la existencia en nuestro sistema jurídico, desde la reforma de 1983, de una tutela de autoridad y no de familia, matizando de forma considerable las facultades de ordenación de su futuro personal y patrimonial, aparentemente amplísimas, que el citado artículo del Código Civil en principio les otorga¹⁰.

Así, dejando a un lado la ya hoy superada cuestión de que en realidad los padres sólo pueden designar una o varias personas como tutor o tutores de sus hijos, correspondiendo, en todo caso, su nombramiento a la autoridad judicial, que podría prescindir de la señalada

incidencia que los accidentes, tanto laborales como de tráfico, presentan en este tramo de edad a que hacemos referencia, siendo una de las primeras causas de mortalidad, si bien en estos casos la ordenación de disposiciones testamentarias es mucho más infrecuente, dado lo inesperado del suceso y su trágico resultado.

9. En todo caso, recuérdese que en la actualidad la designación de tutor en testamento queda reservada para los padres respecto de sus hijos, no ostentando esa facultad una persona con relación a su cónyuge incapacitado, por lo que dichas disposiciones testamentarias, de existir, no producirían ningún efecto (véase SAP de Zamora de 26 de marzo de 2003 –AC 2003\1221–).

10. No se olvide que este precepto comienza permitiéndoles «nombrar tutor», continúa autorizándoles a «establecer órganos de fiscalización de la tutela» y a «designar las personas que hayan de integrarlos» y concluye con la genérica cláusula por la que podrían «ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados».

Como puede comprobarse, son frecuentes las acciones judiciales emprendidas por parientes del menor o incapaz distintos del designado testamentariamente por los padres de aquéllos con las que pretenden la sustitución en el nombramiento de tutor realizado por el Juzgado de Primera Instancia. Pero, como resalta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 21 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005\56384), «no se trata de resolver entre las dos solicitantes en un plano de igualdad, sino que ha partirse de un inicial respeto a la voluntad del padre del niño, voluntad que, además, no sólo no resulta contrariada por el interés de éste, sino que además parece coincidir con el mismo y con el beneficio del menor».

por ellos si el interés del menor lo exigiera (artículos 224 y 234.2.º CC)¹¹, nos centraremos en el alcance que pueden tener sus medidas de fiscalización de la tutela y en la determinación de cuáles pudieran ser esas otras disposiciones sobre la persona o bienes del menor a que el artículo 223 CC alude, en particular a si en esta previsión se incluye la posibilidad de ampliar las facultades del tutor más allá del régimen general de la tutela que el Código Civil dibuja¹². Si es cierto que, como pone de relieve la Audiencia Provincial de Madrid, el Código Civil reconoce amplias facultades a los padres para disponer «la reglamentación adecuada para el mejor funcionamiento de dicho instrumento de amparo»¹³, esto es, la tutela, es preciso delimitar la amplitud del ámbito de actuación de dichas decisiones de los padres y sus infranqueables fronteras.

En este sentido ha de tomarse en consideración, inicialmente, que cuando el padre o la madre se deciden a incluir en su testamento disposiciones relativas a la tutela de sus hijos con ese propósito señalado en la resolución judicial que acabamos de citar de «mejorar su funcionamiento»¹⁴, pueden tener una finalidad muy distinta: agilizar el régimen de administración y, sobre todo, disposición de los bienes de sus hijos, en principio sometido a un rígido sistema de autorización judicial previa (artículo 271 CC), que en ocasiones dificulta la gestión e incluso puede ser origen de perjuicios patrimoniales causados por el retraso en la práctica de una operación financiera o, por el contrario, aumentar los controles que

11. Aunque en relación con un hijo incapacitado, puede verse cómo el Juez de instancia prescindió de la persona designada por la madre en testamento y procedió al nombramiento de otro tutor, atendiendo a su interés, decisión confirmada en apelación, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de julio de 2003 (*JUR* 2003\234581). Sin embargo, se respeta la designación hecha por la madre en su testamento, por no concurrir causa que haga necesario o aconsejable que el Juez se aparte de ella, en el caso objeto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 23 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004\64988), indicando este tribunal que no se advierte un «importante» conflicto de intereses entre la incapaz y el designado como tutor (un hermano) que no pueda ser resuelto por la vía del artículo 299 CC, es decir, a través del nombramiento de defensor judicial, conflicto que, por otra parte, también existiría con los otros hermanos que pretendían ser nombrados tutores. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 14 de febrero de 2005 (*JUR* 2005\85345) se confirma la decisión recurrida de designar como tutores de una incapacitada a su hermano y sobrina, siguiendo parcialmente las indicaciones de la madre en testamento, que había designado al aludido hermano y a otra hermana, después también incapacitada, sustituida en la tutela por su hija, al considerar el tribunal que ello era lo que mejor respetaba, dentro de lo posible, la voluntad testamentaria de la madre.

12. Algunos autores, como VENTOSO ESCRIBANO (*La reforma de la tutela*, Madrid, Colex, 1985, p. 58), consideran este precepto como ejemplo de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, si bien el citado propone buscar alguna fórmula intermedia entre la exclusión por los padres de la intervención de la autoridad judicial y que las medidas de fiscalización de la tutela que ellos arbitran no tengan más alcance que los puros efectos internos, siendo frente al Juez como si no existieran.

13. Sentencia de 27 de marzo de 1998 (*AC* 1998\705), que aprecia la ausencia de circunstancias que aconsejen al órgano judicial contrariar la voluntad paterna, expresada en su testamento. El supuesto de hecho es en este caso distinto del que suele habitualmente ser sustrato de este tipo de resoluciones, pues es precisamente la designada judicialmente tutora única de su hermano la que interpone recurso de apelación, suplicando se nombre también para el cargo a otro hermano, dado que la madre en su testamento había expresado su voluntad de que ambos se ocuparan de la tutela, recurso que es estimado por la Audiencia, con la base argumental antes expuesta afirmando además que «no cualquier inconveniente ha de provocar una resolución judicial que contrarie la voluntad paterna, sino que ello sólo puede ampararse en causas de suficiente gravedad, debidamente justificadas además, que revelen que la disposición del ascendiente resulta claramente perjudicial para el incapaz, sin que ello pueda presumirse sin una base suficientemente sólida, según el contexto alegatorio y probatorio sometido a la consideración judicial».

14. Dejemos simplemente apuntados los problemas que en el desarrollo de la función tutelar puede provocar la aparición de un testamento de cuya existencia no hubiera conocimiento al constituir judicialmente la tutela del menor, pues si contuviera disposiciones en torno a ella podría ser necesario realizar ciertos cambios en aquella institución protectora. No obstante, el interés del menor habrá de jugar, sin duda, un papel decisivo en la decisión de la autoridad judicial de apartarse de las previsiones de los padres en estos casos si tales modificaciones (especialmente en el nombramiento del propio tutor) fuesen perjudiciales para él. Sin embargo, no se entendió perjudicial por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 27 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005\52334), la «remodelación de la tutela» consistente en nombrar otro tutor que desempeñara sus funciones mancomunadamente con el nombrado judicialmente *ab initio*, asumiendo así la voluntad expresada en testamento aparecido después por la madre de la incapaz.

nuestra legislación civil establece para el tutor, obligándole a someter su actuación a algún otro filtro, además del judicial.

La segunda pretensión no parece encontrar obstáculo alguno en nuestro Derecho positivo y, por el contrario, presenta apoyo indubitable en el artículo 223 que comentamos, que alude con claridad al establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela. Se trataría, pues, en la mayoría de los casos, como ha resaltado la generalidad de la doctrina, de reinstaurar los antiguos tintes familiares de aquélla, pues formarán parte de dichos órganos fiscalizadores, parientes o personas de confianza del testador que no dejan de recordar al viejo consejo de familia y que tendrían como función, por ejemplo, en opinión de ROGEL VIDE¹⁵, dar el visto bueno al tutor sobre una determinada actuación, antes de que éste recabe la correspondiente autorización del juez, cuando ésta fuere precisa¹⁶. En todo caso, a mi juicio, los límites de tales disposiciones —o mejor, de desarrollo ulterior de las mismas— serán los que impidan que la tutela de autoridad que la reforma de 1983 consagró vuelva a ser de nuevo la antigua tutela de familia, por lo que al tutor siempre deberá quedarle el recurso a la autoridad judicial ante una actitud entorpecedora de su gestión por parte de los órganos de fiscalización designados testamentariamente por el padre o la madre del menor¹⁷. Ello acaso pueda apuntalarse con argumentos de Derecho positivo como el contenido del artículo 237 CC, que, cierto es que ante un supuesto de hecho diverso, cual es el nombramiento por el Juez de varios tutores para ejercer conjuntamente la tutela, según lo dispuesto testamentariamente por los padres del menor, destaca la facultad de la autoridad judicial de «reorganizar el funcionamiento» de la tutela e incluso proveer de nuevo tutor si los desacuerdos reiterados de aquéllos entorpecieran gravemente el ejercicio de la función. Ello permite, a mi juicio, sostener que el tutor podrá solicitar del Juez idéntica «reorganización del funcionamiento de la tutela» cuando los órganos de fiscalización designados por los padres dificultaran objetivamente su ejercicio.

Más problemática todavía se muestra la pretensión de los padres de ampliar por vía testamentaria las facultades legales que al tutor corresponden, liberando su actuación de los preceptivos controles judiciales en los supuestos a que hacen referencia los artículos 271 y 272, aunque ello sea en aras de una agilización de su labor que en principio podría verse genéricamente beneficiosa para los intereses del menor. En suma, pues, es preciso preguntarse si los padres podrían en testamento, a la vez que designan las personas que consideran más idóneas para asumir la tutela de sus hijos menores —pensemos, por ejemplo, en un hermano mayor de edad que viva con aquéllos—, sustituir la autorización judicial previa de

15. «Comentario al artículo 223», *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, p. 701.

16. Considera SEGURA ZURBANO («El testamento de los padres de un deficiente mental. Problemas y soluciones, *RDN*, abril-junio 1986, p. 439) que las posibilidades que ofrece el artículo 223 CC a los padres son tan ricas que a través del mismo podrían prever una auténtica junta de parientes, al estilo del Derecho aragonés, si bien ha de tenerse en cuenta, a mi modo de ver, que el funcionamiento de esta institución está ligado a la intervención en temas familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, que sí existen en el ámbito tutelar en relación con las funciones atribuidas a la autoridad judicial.

17. Véase, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de abril de 1995 (*AC* 1995\696) cómo este tribunal deja sin efecto un órgano de fiscalización de la tutela (consistente en que el tutor pidiera previo consejo, no vinculante, a dos parientes de la incapacitada antes de tomar decisiones de cierta trascendencia) establecido por el juzgado de Pamplona que la constituyó, tras excluirse el origen paterno de tal instancia fiscalizadora, con los argumentos de no tener ámbito jurídico de actuación claro, dado que los supuestos de su actuación eran vagos e inconcretos, y estimarse superflua su constitución, que nada aportaba al interés del tutelado, debidamente preservado ya por el control del órgano jurisdiccional. Sin embargo, considera el tribunal que si el órgano de fiscalización hubiera sido establecido por uno de los padres en testamento, quedaría el Juez vinculado al constituir la tutela, salvo que otra cosa demandara el interés del incapacitado.

alguno de los actos de mayor trascendencia previstos el artículo 271 por otro tipo de control, más cercano al ámbito familiar y con casi total seguridad más sencillo y rápido.

Comparto en este punto la opinión de quienes, como AMORÓS GUARDIOLA, subrayan que la norma objeto de comentario es imperativa y no susceptible de modificación por voluntad de los interesados¹⁸, naturaleza que, por otra parte, se enmarca en el profundo significado que en la reforma de 1983 tuvo el cambio, ya destacado, de una tutela de familia a una de autoridad o de sustrato fundamentalmente judicial, bajo la inspección del Ministerio Fiscal, aspecto este último que resalta de modo particular el artículo 232 CC. En efecto, teniendo por norte la búsqueda de la mejor forma de protección del menor, se entendió entonces que tanto la actuación de los tutores en los supuestos de mayor trascendencia en que se comprometiera el patrimonio o la libertad personal del menor o incapaz, como incluso la de los propios padres, en ciertos casos, debían pasar por el filtro previo del control judicial sobre la conveniencia de dichos actos. A mi modo de ver, ello es indisponible por los padres al otorgar testamento, teniendo en cuenta, por un lado, que no están en condiciones de decidir que pueda prescindirse de una intervención judicial a la que ellos mismos han de someterse, en la mayor parte de los casos, cuando actúan como titulares de la patria potestad (artículo 166 CC), y, por otro, que en armonía con la filosofía de la reforma de 1983, pueden sumarse otros medios de control o fiscalización a la actuación judicial pero no sustituir a ésta¹⁹. En este sentido se ha subrayado²⁰ que los órganos de fiscalización que los padres puedan crear podrán verse como colaboradores de la autoridad judicial, pues aquel término debe interpretarse como «controlar, auditar, vigilar», pero no como asistir o autorizar²¹.

Diferente de si los padres podrían en su testamento sustituir la previsión legal de necesaria autorización judicial para que el tutor realice actos de enajenación sobre ciertos bienes, cuestión sobre la que acabamos de pronunciarnos negativamente, es determinar si está dentro de su ámbito de autonomía en la configuración testamentaria de la tutela de sus hijos establecer un criterio sobre la forma de enajenación de tales bienes.

En efecto, planteada ante los tribunales en los últimos años con particular frecuencia la cuestión de si la enajenación de bienes del pupilo, que el tutor ha de realizar previa autorización judicial en los casos del artículo 271.2.º CC, habrá de canalizarse necesariamente a través de subasta pública, como prevé el artículo 2015 LEC de 1881, vigente aún en esta materia, o si puede permitirse la venta directa, al menos con ciertas cautelas o cuando se den determinadas condiciones, pues ello puede servir mejor a los intereses patrimoniales del menor, es preciso apuntar cuál debiera ser el tratamiento jurídico de una previsión testamentaria de los padres que expresamente permitiera al tutor vender los bienes en forma

18. *Vid.* en este sentido su «Comentario al artículo 271», en AMORÓS GUARDIOLA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.): *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 545.

19. Sin embargo, CASTÁN VÁZQUEZ («Comentario a los artículos 223 a 227», en AMORÓS GUARDIOLA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO –coord.–: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 289, nota 36) recoge una cláusula testamentaria redactada tras la reforma por el notario y civilista VALLET DE GOYTISOLO en que el testador ruega al juez competente para el nombramiento de tutor de alguno de sus hijos, de ser ello necesario, que el protutor por él designado ejerza las funciones de fiscalización que el Código Civil atribuye al Juez y los componentes del Consejo de Familia, también señalados por él, asuman las de autorización que al juez corresponden.

20. ROGEL VIDE: «Comentario al artículo 223», *cit.*, p. 701.

21. En esta misma línea, aunque recogiendo la argumentación en contra de algún autor, ORDÁS ALONSO («Comentario al artículo 223», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO –coord.–: *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 342).

distinta de la subasta pública. A mi modo de ver, aunque es cierto que la redacción del citado artículo 2015 LEC es posterior a la reforma del Código Civil en materia de tutela, pues procede de la Ley 15/1989, de 29 de mayo, también lo es que hoy ni siquiera en el procedimiento de apremio la venta en subasta pública es el único medio de enajenación que la LEC de 7 de enero de 2000 contempla, por lo que el mencionado precepto legal parece poco armónico con la nueva ley ritual civil. Ello, unido al reconocimiento legal de un margen a la autonomía de la voluntad de los padres del menor que en su testamento hacen disposiciones en orden a la tutela, permite, a mi juicio, afirmar que, como regla general debería respetarse su criterio en cuanto a la forma de enajenación, salvo cuando el Juez observara, en el caso concreto, un riesgo cierto para los intereses del menor con ese modo de proceder del tutor, supuesto en que podría ordenar la enajenación en pública subasta²².

Por el contrario, entiendo, como HUALDE SÁNCHEZ²³, que, aunque los padres hubieran hecho constar testamentariamente de forma expresa que el tutor de sus hijos queda relevado de la obligación de prestar fianza, el juez que ha de conocer del nombramiento de aquél, del mismo modo que puede hacer caso omiso de la designación que aquéllos hubiesen hecho, si ello viniese justificado por hacer valer el interés del menor, podría decidir que la fianza ha de ser constituida por idéntico motivo (artículo 260 CC). Lo mismo puede decirse sobre la obligación de hacer inventario (artículo 262 CC), impuesta básicamente como garantía del tutelado²⁴.

Con la misma aludida salvedad de que el juez no considere más conveniente otra cosa, en beneficio del menor, en el ámbito de esa previsión de «cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos» a que hace referencia el artículo 223 CC, los padres podrán excluir a personas concretas de la tutela sobre sus hijos, dictar normas sobre su educación futura o sobre la retribución del tutor o separar los cargos de tutor de la persona y de los bienes, entre otras posibilidades.

B) Condiciones de eficacia de la cláusula testamentaria de designación de tutor por parte de uno de los padres

Subrayemos, finalmente, aunque ello pueda, en principio, parecer superfluo, que, aunque la concreta redacción de la cláusula testamentaria de designación de tutor no siempre lo exprese así, las disposiciones que sobre el particular contenga el testamento de uno de los

22. Consideran que el artículo 2015 LEC de 1881 es imperativo y que la subasta pública es el único cauce legal para la venta de bienes del tutelado, por ser un medio eficaz y objetivo de enajenación, que salvaguarda mejor que cualquier otro los intereses de aquél las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya de 19 de octubre de 1999 (AC 1999\7412), de Huesca de 12 de abril de 2000 (AC 2000\3226), de La Rioja de 24 de octubre de 2001 (JUR 2002\17215), de Granada de 15 de abril de 2003 (AC 2003\1070) y de Lleida de 18 de marzo de 2005 (AC 2005\378), entre otras. Mucho más flexibles, sin embargo, se muestran otras resoluciones judiciales que permiten al tutor la venta directa de los bienes del pupilo, bien por preexistir ya alguna oferta concreta, que se considera oportuno aprovechar (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 17 de septiembre de 2002 -AC 2002\1554-), bien, incluso, sin tal premisa, por entender que la venta en subasta pública es demasiado onerosa y que el Juez puede directamente controlar la enajenación evitando situaciones abusivas que perjudiquen al tutelado (Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de octubre de 2004 -JUR 2004\306912- y de la Audiencia Provincial de Albacete de 23 de diciembre de 2004 -JUR 2005\206105-).

23. «Comentario a los artículos 260 y 261», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 774.

24. Por el contrario, DE LA CUESTA Y AGUILAR (*op. cit.*) entiende que ha de darse prevalencia a las disposiciones de los padres cuando excluyan expresamente la obligación de prestar fianza del tutor. No manifiesta igual criterio, sin embargo, por lo que se refiere a la de hacer inventario, normativa que considera imperativa, si bien resalta que el plazo que para ello establece el artículo 262 CC, de sesenta días, puede ser prorrogado por los padres en sus disposiciones, aunque el Código tan sólo contemple la prórroga ordenada por el Juez (artículo 263 CC), idea que personalmente comparto.

progenitores sólo tendrán, en principio, el efecto que les atribuye el artículo 223 CC, estando determinada la filiación respecto de ambos, si el otro hubiera fallecido o estuviere privado de la patria potestad sobre el menor²⁵. Resaltamos esta cuestión al hilo de la situación familiar, desgraciadamente hoy no infrecuente, en que la mujer ha sufrido los malos tratos de su pareja, matrimonial o no, pero no hay resolución judicial que prive al progenitor maltratador de la patria potestad sobre sus hijos, incluso en ocasiones existiendo condena en sentencia penal firme por el delito cometido. En tal caso, pues, fallecido el progenitor que ha sufrido la conducta agresiva del otro, sea o no su muerte consecuencia de los aludidos malos tratos, no procede automáticamente la constitución de la tutela del menor ni, en consecuencia, dar virtualidad en vía judicial, por la vía del artículo 223 CC, a la designación de tutor que hubiera podido hacer aquél en su testamento.

En estas ocasiones parece, pues, jurídicamente ineludible para la constitución de la tutela la previa privación judicial de la patria potestad del progenitor maltratador a través del juicio declarativo ordinario correspondiente²⁶, que podrá ser promovido, además de por el Ministerio Fiscal, por los parientes cercanos del menor de ambas líneas (abuelos, tíos, etc.), quienes, a nuestro juicio, tienen legitimación activa²⁷. No obstante, recuérdese que, como prevé el artículo 170 CC, la privación judicial de la patria potestad puede haberse acordado ya, con anterioridad al fallecimiento de la madre, en un proceso matrimonial de separación o divorcio, o en el penal a que dieran lugar las conductas de malos tratos²⁸.

25. Un tercer supuesto, que la doctrina destaca autónomo en relación con la privación de la patria potestad, es la exclusión *ab initio* de las funciones tuitivas que contempla el artículo 111 CC, en los casos en que la filiación hubiera sido determinada con la oposición del otro progenitor, a través de la correspondiente acción de reclamación.

Por otra parte, téngase en cuenta que serán ineficaces las disposiciones testamentarias sobre la tutela de sus hijos efectuadas por el padre o madre que, en el momento de adoptarlas, hubiese sido privado de la patria potestad (artículo 226 CC). Nada dice el Código Civil acerca de la validez de las previstas por el progenitor que, a su fallecimiento, estuviese privado de la patria potestad, siendo titular de ella al tiempo de otorgar testamento, por lo que, en principio, no deben tenerse por ineficaces, sin perjuicio de que el Juez estime oportuno prescindir de las mismas al constituir la tutela.

26. En ocasiones se ha planteado ante los tribunales de justicia si la sentencia que priva de la patria potestad puede ser vehículo para la constitución de la tutela ordinaria y el nombramiento de un tutor. Parece que, en principio, ésta no es la forma adecuada de proceder, pues la privación de la patria potestad debe tener origen en un procedimiento contencioso, mientras que la tutela se constituye a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, alguna sentencia, después de afirmarlo así, no declara la nulidad del nombramiento de tutor efectuado por la sentencia de privación de la patria potestad por considerar que en el caso concreto que se enjuiciaba no había existido indefensión (se oyó a los parientes más próximos del menor y se exploró a éste) y en consecuencia tal decisión servía al principio de economía procesal, evitando el desarrollo ulterior de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En este sentido puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 31 de marzo de 2000 (AC 2000\3358), que recoge resoluciones no monocordes del Tribunal Supremo, anteriores a la LEC de 2000, sobre la cuestión, análoga, del nombramiento de tutor en la misma sentencia de incapacitación, ahora expresamente permitido por el artículo 759.2.º de ese texto legal, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2003 –RJ 2003\3813–. Acaso esta solución legalmente consagrada de facilitar que en la demanda de incapacitación se solicite el nombramiento de tutor, lo que podrá hacer la sentencia, cuando en el proceso se hayan dado todas las garantías de defensa de los afectados, pueda ser aplicada, por analogía, al caso apuntado de privación de la patria potestad y nombramiento como tutor del menor del designado por el padre o la madre en testamento.

27. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, ante la reclamación de la custodia de los menores por parte del padre, en Sentencias de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987\6716), en relación con los abuelos maternos, 25 de junio de 1994 (AC 1994\1169), en cuanto a una tía materna, y 26 de marzo de 1993 (RJ 1993\2394), a los hermanos del menor.

28. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece, como medida cautelar específica de protección de los menores, que el Juez que conozca del procedimiento podrá suspender para el inculpado por violencia de género «el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia» (artículo 65), expresión de discutible corrección técnica, pero que, en todo caso, por lo que aquí nos interesa, no se refiere, obviamente a una privación de la patria potestad, que, desde luego, no puede decretarse en este momento procesal y requiere siempre un juicio declarativo.

Por otra parte, nuevas posibilidades de constitución de la tutela siguiendo las indicaciones testamentarias de uno de los progenitores en su testamento pueden surgir si, con posterioridad al fallecimiento de éste, el otro, titular de la patria potestad, se hizo cargo del menor, pero su ulterior incumplimiento de los deberes inherentes a ella fue origen de la declaración administrativa de desamparo y la consiguiente constitución de la tutela *ex lege* al amparo de lo previsto en el artículo 172 CC. En efecto, estas prerrogativas de la Administración, en desarrollo de su competencia en materia de protección de menores, no pueden ser obstáculo para instar ante la jurisdicción civil la constitución de la tutela del menor con el nombramiento como tutor del designado en su testamento por el padre o madre fallecidos, sin que parezca en este caso necesaria la privación de la patria potestad, que en ningún caso implica la declaración de desamparo, que simplemente la suspende (artículo 172.1.º *in fine*). Ello parece deducirse de la interpretación conjunta del artículo 222, apartados 1.º y 4.º, y el 239, pues se contemplan como supuestos totalmente independientes de sujeción a tutela los casos de menores no emancipados no sujetos a patria potestad y los de menores que se hallen en situación de desamparo, en que aquélla estará simplemente suspendida, correspondiendo la tutela en este último caso *ab initio* a la Administración, sin perjuicio de constituirla después a favor de personas privadas que pudieran ser más idóneas por sus relaciones con el menor desamparado²⁹.

De este modo, el legislador ha entendido que la intervención administrativa al asumir la tutela *ex lege* o automática del menor no impide devolver a éste a su círculo familiar, entendido aquí no en sentido nuclear sino amplio, puesto que precisamente uno de los principios rectores de la institución es procurar la reinserción en la familia de origen. Tal subsidiariedad de la tutela automática de la Administración respecto de la ordinaria constituida a favor de «personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste» es la idea que se desprende con claridad del artículo 239.2.º CC³⁰.

En todo caso, desde luego, la situación se hace más compleja si tras la asunción de la tutela automática por parte de la Administración se hubiera constituido el acogimiento del menor en una nueva familia como prevé el artículo 172.3.º CC, bien administrativamente bien por decisión judicial, pero ello no es óbice para que se ordene la cesación de éste, por la misma vía por la que se formalizó, si el interés del menor aconsejara la constitución de la tutela ordinaria a cargo del designado por el progenitor del menor fallecido en su testamento (artículo 173.4.1.º y 4.º CC). De hecho, existe una figura de acogimiento, el familiar simple, que la ley expresamente contempla como transitorio para los casos en que se prevea la reinserción del menor en su propia familia, concepto que, a mi modo de ver, puede en-

29. De este modo lo entendió también la Audiencia Provincial de Cuenca, en Sentencia de 24 de julio de 1995 (AC 1995\1598), que designa tutores a los tíos de una menor declarada en desamparo que se habían hecho cargo de su cuidado y educación haciendo constar que «se impone la indagación y conocimiento de qué es lo que resulta más beneficioso para la menor en este caso concreto, sin necesidad de, como razona el auto recurrido, determinar si la madre natural debe o no ser privada de su derecho de patria potestad». Por su parte, la Audiencia Provincial de Cádiz, en Sentencia de 19 de abril de 2001 (JUR 2001\188504) subraya que patria potestad y tutela son instituciones incompatibles entre sí, pero admite la operatividad de la segunda cuando la patria potestad se haya extinguido, haya una privación judicial de la misma o esté *suspendida*. En el concreto supuesto que enjuicia no accede al nombramiento de tutor de una menor porque no había declaración administrativa de desamparo que suspendiera la patria potestad, aunque parecían darse los requisitos que el Código Civil exige para decretarlo.

30. Así lo expresa también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003\123970), que estima parcialmente el recurso de los abuelos de los menores que pretendían ser nombrados tutores cuando, en este caso tras la privación de la patria potestad de los padres, aquéllos fueron puestos a disposición de las autoridades administrativas competentes en materia de protección de menores. Sin embargo, la falta de práctica de pruebas sobre la conveniencia de que los abuelos fueran los tutores impide acordar este extremo en la sentencia de la Audiencia.

tenderse aquí en sentido amplio y no sólo en referencia a la formada por padres e hijos. De todos modos, el transcurso del tiempo una vez constituido el acogimiento puede jugar en contra del propósito del pariente del menor designado como tutor en el testamento de su madre de ser judicialmente nombrado como tal si se estimara que el menor está adaptado a su nueva vida familiar y un cambio más en su situación personal de convivencia podría desestabilizarlo.

II.2 Designación testamentaria de defensor judicial

A mi modo de ver, al amparo del último inciso del artículo 223.1.º CC los padres pueden, en su testamento, en beneficio de sus hijos, proporcionar el nombre de la persona que, a su juicio, debiera velar por éstos en los supuestos del artículo 299 CC, es decir, cuando existiera conflicto de intereses entre el tutor y los menores, sin perjuicio de que el nombramiento haya de ser, como el de aquél, judicial.

Resulta problemático, sin embargo, concluir si efectuada tal previsión ésta funcionará del mismo modo que la atinente al nombramiento de tutor, es decir, si la autoridad judicial queda vinculada por dichas instrucciones de los padres, salvo que el interés del menor exija otra cosa, por lo que para nombrar defensor judicial a persona distinta debería motivar su decisión en el *favor minoris*³¹ o, por el contrario, como sostienen autores como DE LA CUESTA Y AGUILAR³², esta que él denomina «sugerencia nominal preventiva de defensor» no vinculará al Juez como lo hace la de nombramiento de tutor, por lo que aquél puede designar defensor judicial a persona diferente de la indicada por el padre o la madre sin resolución fundada ni ninguna justificación. Tal conclusión, compartida, sin embargo, por otros autores como GETE-ALONSO Y CALERA y MORENO MARTÍNEZ³³, podría ser contradictoria, a mi modo de ver, con el contenido del artículo 224 CC que señala que todas las disposiciones mencionadas en el precepto anterior (tanto las de nombramiento de tutor como cualquier otra sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados, entre las cuales podrían incluirse las de designación de defensor judicial) vincularán al Juez salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

31. También sostiene la necesidad de que el Juez motive el nombramiento como defensor judicial de persona distinta de la designada por los padres en testamento, aunque defiende su libertad de hacerlo cuando lo exija el interés del menor, PUIG FERRIOL («Comentario al artículo 299», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., pp. 766 y 767). Subraya, por otra parte, este autor que, obviamente, el establecimiento por los padres en testamento de órganos de fiscalización de la tutela no impide el nombramiento de defensor judicial que intervenga en caso de conflicto de intereses.

32. *Op. cit.*, p. 73.

33. En efecto, posición similar a la de DE LA CUESTA defiende GETE-ALONSO («Comentario al artículo 300», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, p. 858), para quien las reglas de la tutela quedan excluidas por completo en lo atinente al nombramiento de defensor judicial (en particular, el artículo 224 CC), por lo que no es precisa la motivación de la resolución por la que se opta por persona diferente de la señalada por los padres.

Por su parte, MORENO MARTÍNEZ (*El defensor judicial*, Madrid, Montecorvo, 1989, pp. 203-205) considera también que cualquier referencia que se hiciera en testamento a la designación del defensor judicial no tendría para el juez la fuerza vinculante que el artículo 223 CC, en sede de tutela, reconoce con carácter general a las disposiciones que realicen los padres en testamento sobre la persona o los bienes de sus hijos menores o incapacitados. También en el ámbito de la patria potestad considera que la designación en testamento de un defensor no es más que «un influjo no vinculante en el procedimiento de jurisdicción voluntaria tendente a designar por el Juez al defensor judicial».

Distinto enfoque del tema aporta FLORENSA I TOMÁS, quien, tras subrayar que el Juez podría tomar en consideración la opinión de los padres, introduce un factor nuevo al poner en duda que la persona designada por uno de los padres cumpliera el requisito de imparcialidad, cualidad necesaria en el titular del cargo de defensor judicial³⁴. Sin embargo, a mi modo de ver tal contingencia queda siempre salvada por la facultad judicial de nombrar a persona distinta si entendiera que aquélla no es la más adecuada para la protección de los intereses del menor.

En todo caso, desde una perspectiva eminentemente práctica, con independencia de que la designación de defensor se estime o no incluida entre las facultades de los padres a que alude el artículo 223 CC, lo que, como se ha visto, es controvertido, es aconsejable que éstos en su testamento incluyan previsiones al respecto que pudieran orientar al Juez que conozca de su nombramiento, sin perjuicio de que la decisión fundada en otro criterio deba o no ser motivada, conclusión vinculada a la posición previa que se adopte sobre aquella cuestión, de la que deriva la aplicabilidad del artículo 224 CC o su inadecuación para resolver el conflicto.

No existe, sin embargo, en nuestro Código Civil un precepto similar al artículo 223 que permita a uno de los progenitores designar en su testamento –sin perjuicio de la ulterior decisión judicial– a la persona que deba defender los intereses del menor en caso de conflicto de intereses con el padre o la madre titular de la patria potestad que sobreviva, facultad que sería especialmente significativa en los casos de padres separados, divorciados o no convivientes. Si se diera tal presupuesto, la autoridad judicial habría de nombrar, pues, a quien creyera más idóneo para el cargo (artículo 300 CC), afirmación que no es obstáculo para que el padre o la madre, como parte del contenido lícito de su testamento puedan hacer previsiones en este sentido simplemente orientativas para el Juez, que no debería, sin embargo, motivar su decisión de nombrar a persona distinta de la señalada por el progenitor³⁵.

II.3. Nombramiento por los ascendientes de administrador de los bienes transmitidos a título gratuito a los menores

Como recuerda CASTÁN VÁZQUEZ, si bien el Código de 1889 reconocía la facultad de nombrar tutores para los menores o incapacitados no sólo a los padres sino también a los que les hubiesen dejado «herencia o legado de importancia», con fundamento, en opinión del citado autor, en la convicción de que si les favorecieron es que mostraron interés por ellos³⁶, la reforma de la tutela verificada en virtud de Ley 13/1983 limita, en el artículo 227 CC, la intervención de los disponentes a título gratuito al establecimiento de reglas de administración de los bienes y designación de las personas que hayan de ejercitarla, labor que deberá

34. *El defensor judicial*, Madrid, Civitas, 1990, p. 158.

35. Obsérvese que el artículo 163 CC, relativo al nombramiento de defensor judicial a causa de la existencia de un conflicto de intereses de los padres y los hijos a quienes representan legalmente, sólo contempla el caso de que tal situación se dé entre los dos progenitores y el menor o uno de ellos y éste, viviendo el otro, por lo que podría asumir directamente su representación sin nombramiento de defensor. Esta laguna legal no es óbice, desde luego, para que igualmente proceda nombrar defensor si uno de los padres ha fallecido y surge el conflicto entre el otro y el hijo, supuesto que acaso sea el más reiterado precisamente en la práctica en relación con la herencia a la que ambos concurren.

36. «Comentario a los artículos 223 a 227», *cit.*, p. 285.

cohonestarse –quizá no siempre sea fácil– con la de los padres o tutores que ostenten la función de representación legal. Si el menor está sometido a patria potestad, el artículo 164.1.º CC excluye también de la administración que corresponde a los progenitores la de aquellos bienes adquiridos a título gratuito, cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa³⁷.

De las facultades que dimanarían del citado artículo 227 CC podrán hacer uso, pues, en relación con lo que es objeto de nuestro interés, aparte de terceros disponentes ajenos al núcleo familiar, los ascendientes, incluidos los propios padres, si bien estos últimos parece que ya estarían legitimados para adoptar este tipo de medidas sobre la administración de los bienes que transmitan a sus hijos por la amplia referencia del artículo 223 a «ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o los bienes de sus hijos menores o incapacitados». Es decir, los padres de un menor, además de designar tutor, sujeto en su nombramiento a la definitiva decisión judicial, pueden conformar una especie de patrimonio separado³⁸ con los bienes que ellos mismos les hayan transmitido *mortis causa* a título gratuito, estableciendo reglas de administración y designando a la persona que habrá de ocuparse de tal labor, facultad que también corresponde a los abuelos y otros ascendientes, en este caso *ex* artículo 227 CC.

No es fácil, sin embargo, determinar cuál es el ámbito de actuación que la ley reserva a la autoridad judicial ante esta ordenación que sobre la administración de los bienes transmitidos a título gratuito al menor haga el disponente. En efecto, a mi juicio no existe en esta sede una previsión paralela a la del artículo 224 CC, que permite al juez hacer caso omiso de las disposiciones de los padres sobre la persona o bienes de sus hijos cuando el beneficio del menor lo exija, si bien algunos autores, como GÓMEZ LAPLAZA³⁹, han apuntado que esa función podría cumplirla el artículo 233 CC, según el cual «El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado»⁴⁰.

De todos modos, concluir que el Juez puede prescindir de lo que decida sobre administración de los bienes el disponente cuando éste es uno de los padres del menor y no si se trata de otro familiar o un tercero parece tan desacertado e incoherente que tal evidencia nos conduce a aceptar, aun sin previsión legal expresa, la posibilidad de que también en esos casos el beneficio del menor pueda convencer al Juez de que lo ordenado no es oportuno y disponga otra cosa⁴¹, obviamente sin perjuicio de la eventual impugnación de tal decisión,

37. Obsérvese la virtualidad de esta disposición para servir al interés del ascendiente (abuelo o abuela, por ejemplo) que transmite a título hereditario bienes a su descendiente y no desea que sean administrados por el o los titulares de la patria potestad. No se olvide tampoco la previsión del párrafo 2.º de este mismo artículo 164 CC a que aludimos, relativa a los bienes adquiridos por el menor por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, en cuyo caso el causante podrá hacer también previsiones en su testamento sobre la persona que habría de ocuparse de la administración (como reglas legales subsidiarias en defecto de las predispuestas por el testador, la administración corresponderá al otro progenitor o, de ser esto imposible, se proveerá judicialmente uno).

38. Así lo califica también DE LA CUESTA Y AGUILAR (*op. cit.*, p. 62, nota 5).

39. GÓMEZ LAPLAZA («Comentario al artículo 270», en AMORÓS GUARDIOLA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.): *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 534).

40. A mi parecer, este precepto se refiere sólo al establecimiento de sistemas de control y supervisión, que, efectivamente, podrían instaurarse sobre la actuación del administrador designado por el disponente a título gratuito, pero no habilita *per se* al Juez para decidir el nombramiento de otro administrador de esos bienes o para prescindir del señalado por aquél.

41. En esta misma línea se pronuncia ROGEL VIDE («Comentario al artículo 227», en *Comentario del Código Civil*, cit., tomo I, p. 708).

si no es razonada, o dicho razonamiento no parece completo y bien fundado. La resolución podrá adoptarla la autoridad judicial bien al constituir la tutela, bien con posterioridad a ello, si se ejercitara acción en ese sentido, e incluso en los casos en que no procediera esa forma de protección del menor por subsistencia de la patria potestad del padre, de la madre o de ambos, en que sería aplicable lo dispuesto en el artículo 164.1.º CC, en principio más tajante en lo que respecta al acatamiento de la decisión del transmitente a título gratuito de los bienes⁴².

Desde otra perspectiva, si bien es cierto que de la administración en sentido estricto de esos bienes quedará excluido el tutor del menor o, en su caso, el o los titulares de la patria potestad (artículos 227 y 164.1.º CC), es discutible concluir si subsisten sin modificación alguna las facultades de aquél o aquéllos para la realización de actos que excedan de ello y tengan sustancia dispositiva, o si las mismas pueden atribuirse también al administrador nombrado *ad hoc* para los bienes transmitidos a título gratuito al menor. Desde luego, de la interpretación que se dé al término «administración» empleado por los preceptos que comentamos dependerá determinar si los padres pueden, por la vía del artículo 227 CC, ver ampliado el ámbito de actuación que les reconoce el artículo 223 CC, y es legítimo que limiten las facultades ordinarias del tutor más allá de lo que sea simple administración de esos bienes, así como, en el segundo de los casos apuntados, cuáles son sus propias facultades sobre los bienes que sus hijos han adquirido a título gratuito de otro ascendiente que les ha excluido expresamente de la administración.

Ciertamente, se han defendido entre la doctrina las dos posiciones, manteniéndose tanto que el administrador nombrado por el disponente a título gratuito tendrá sólo facultades de estricta administración⁴³ como que también puede ostentar las de disposición de los bienes transmitidos⁴⁴, esta última, a mi juicio, con mejor criterio, pues a mi modo de ver lo que el legislador permite que el disponente evite es que el tutor o los padres del menor realicen la

42. En efecto, entendemos, como lo hace BALLESTEROS DE LOS RÍOS («Comentario al artículo 164», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO —coord.—: *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 281) que debe suavizarse el sentido literal de la norma que ordena atender estrictamente a lo establecido por el disponente a título gratuito y atemperar la misma en atención al interés del menor, de modo que las facultades del administrador nombrado por él tienen el mismo alcance que las de los padres y están sujetas a idénticas limitaciones.

43. Por considerar que en la administración no quedaban incluidas las facultades dispositivas optó la Audiencia Provincial de Alicante en Sentencia de 28 de abril de 2003 (*JUR* 2003\222502), tras recoger las consideraciones vertidas por la sentencia de instancia sobre las facultades del «peculiar administrador» que el artículo 227 CC prevé, que consistirían, sin una completa equiparación con el tutor, en administrar el caudal, bienes o patrimonio que el donante o testador hubiera transmitido al menor, independientes de aquél, pero, al igual que el tutor en el desempeño de sus funciones, ese administrador está sujeto a la inspección o vigilancia del Ministerio Fiscal y a la del tribunal que constituyó la tutela, así como obligado a la oportuna rendición de cuentas.

En el caso concreto planteado ante la citada Audiencia, impugnadas por el tutor diversas actuaciones de los administradores nombrados en testamento, en relación con sociedades mercantiles donde el menor tenía intereses patrimoniales, el tribunal considera adecuadas las mismas, incluso la de asumir la administración en forma personal y directa de alguna de aquéllas, percibiendo a cambio la pertinente retribución. Sin embargo, en el específico conflicto de facultades entre los administradores y el tutor consistente en la disposición de las sumas de dinero ingresadas en una cuenta corriente del menor, el tribunal falla a favor del citado en último lugar, resolviendo que los administradores testamentarios terminan sus funciones poniendo a disposición del menor las sumas obtenidas con su gestión, sin que puedan tomar decisiones ulteriores que entrañen un poder de disposición sobre ellas como las de invertirlas de uno u otro modo, ámbito de decisión que corresponde ya al tutor.

44. Puede verse un conciso resumen de las posturas defendidas en el «Comentario al artículo 227» que hace ROGEL VIDE en *Comentarios del Código Civil*, tomo I, p. 708. Por su parte, el citado autor sustenta la interpretación menos amplia de las facultades del administrador nombrado por el disponente a título gratuito, es decir, sólo gozará de las de pura administración, quedando reservadas las dispositivas al tutor.

gestión económica completa de los mencionados bienes. De todos modos, aunque se admita la mayor amplitud de facultades posible para el administrador nombrado por el padre en testamento —o cualquier otro disponente a título gratuito—, es decir, aun en el caso de que se entienda que ha de poder realizar actos de naturaleza dispositiva, será preciso, en mi opinión⁴⁵, someter a autorización judicial sus actuaciones cuando ello sea necesario para el tutor o el titular de la patria potestad (artículos 271 y 166 CC, respectivamente)⁴⁶. Por otra parte, téngase en cuenta que incluso entre los defensores de la tesis más restrictiva de las facultades del administrador, muchos sostienen, sin mayor discusión, que es posible incluir entre ellas los actos de administración extraordinaria de los bienes que no lleguen a adquirir naturaleza de disposición o gravamen⁴⁷.

El ascendiente que se propone establecer testamentariamente estas normas de administración por las que se regirá la actuación de la persona por él designada con apoyo en el artículo 227 CC o el 164.I.º habrá de buscar, con el debido asesoramiento, un difícil equilibrio, puesto que tales previsiones no deberían ser entorpecedoras de la agilidad de la gestión económica del patrimonio separado, sin que ello signifique que no pueda establecer controles adicionales para ciertas decisiones (la rapidez en la adopción de las mismas no puede ir tampoco en detrimento de la protección patrimonial del menor). Parece conveniente, desde luego, que se imponga *ab initio* la obligación del designado de rendir cuentas al final de su gestión, si bien ello parece exigible, aun sin previsión expresa, a todo administrador, según el espíritu de nuestra legislación civil en la materia⁴⁸. Creemos también posible que dispon-

45. Así lo entiende también BALLESTEROS DE LOS RÍOS en relación con las facultades del administrador cuando el menor, sometido a patria potestad, ha recibido bienes a título gratuito y el disponente ha ordenado que los padres queden privados de tales facultades («Comentario al artículo 164», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO —COORD.—: *Comentarios al Código Civil*, p. 281).

46. En este mismo sentido se pronunció la Dirección General de Registros, en resolución de 1 de abril de 1993 (*RJ* 1993\3002), pues, aunque parece admitir, según lo dispuesto por el causante, que el administrador designado testamentariamente tenía facultades de administración y disposición, exige, para la realización de actos de esta última naturaleza los mismos requisitos que rigen para padres y tutores, en concreto autorización judicial para enajenar inmuebles. En este sentido establece la DGRyN que «No discute la nota de calificación —y no va a ser ahora cuestionado— si el testador puede, excluyendo a los padres, designar a una de las legitimarias (una hija) administradora de los bienes con los que mejora a dos nietas menores; quizá por entender el Registrador que la cláusula, dados sus términos, no quebranta el principio de intangibilidad de la legítima. La cuestión, por tanto, se reduce a determinar si cuando por acto gratuito se encomiendan las facultades de administración y disposición de los bienes dejados a un menor a determinada persona, estas facultades que el tercero recibe, en lugar de las que por Ley corresponden a los padres, tienen, sin especiales determinaciones del testador o donante, un alcance superior al que tienen las que corresponden ordinariamente a los padres. Pues bien, si de la Ley se deriva algún criterio es, naturalmente, el de que inspira mayor desconfianza y exige mayores cautelas quien con el menor no tiene una relación paterno-filial. La actuación tuitiva del nombrado guarda más analogía con la tutela que con la patria potestad. Pero si no sólo los tutores (cfr. artículo 271.2.º CC) sino los padres mismos están sujetos en la enajenación de los bienes inmuebles a la necesidad de previa autorización judicial (cfr. artículo 166 CC), habrá de entender que también lo están aquellos que, en la administración de ciertos bienes, hacen las veces de padres o tutores por disposición del testador o donante y que, como los padres o tutores, asumen funciones tuitivas duraderas a las que es inherente un poder representativo que está sujeto a un régimen diferente de la representación voluntaria».

47. Considera GONZÁLEZ POVEDA que si el testador no ha establecido limitación alguna, el administrador tendrá facultades de administración extraordinaria e incluso dispositivas, necesitando autorización judicial para su ejercicio («Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela», en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 22, Madrid, 1999, pp. 136 y 137).

48. Sobre la obligación de rendición de cuentas de los administradores nombrados en el testamento del padre para gestionar los bienes que transmitía a sus hijos, con exclusión «de forma absoluta» de su anterior esposa, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1998 (*RJ* 1998\2392), que estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que ordenaba a dichos administradores, a la vez albaceas contadores partidores, presentar cuentas a los herederos anualmente. En efecto, entiende el Supremo, aplicando los artículos 1720 y 168 del Código Civil, que, no habiendo dispuesto expresamente nada el testador, la dación de cuentas debe realizarse tan sólo al finalizar el encargo recibido como último acto de administración, sin que sea procedente la pretendida, con periodicidad anual.

ga el pago de una retribución al administrador con cargo a los bienes por él transmitidos, lo que será habitual cuando se trate de un profesional ajeno al ámbito familiar del menor⁴⁹.

A mi modo de ver, el establecimiento por uno de los progenitores de un régimen de administración de los bienes transmitidos al hijo por vía hereditaria que implique la sustitución del padre o madre superviviente como administrador de los mismos no afecta cualitativamente a la legítima de aquél en el sentido prohibido por el artículo 813.2.º CC, si bien la retribución fijada para los administradores con cargo a los bienes transmitidos, en relación con el valor de éstos, pudiera llevar a la conclusión de que aquélla se ha vulnerado desde el punto de vista cuantitativo. En sí mismo, el sistema de administración ordenado testamentariamente que cambie como administrador al titular de la patria potestad por un tercero no supone un desvalor o gravamen para el legitimario; cuestión diferente es que su desarrollo lleve inherentes unos gastos que pudieran hacer concluir la existencia de una lesión cuantitativa de la legítima si el valor total de los bienes hubiese sido calculado para que justamente cubriesen ésta⁵⁰. El menor, en todo caso, aun sometido su patrimonio al régimen general de administración paterna o materna, no tendría facultades de gestión del patrimonio adquirido hasta alcanzar la plena capacidad de obrar y esta administración establecida testamentariamente por el transmitente a título gratuito de los bienes no se prolonga tampoco, en principio, más allá de la mayoría de edad, con lo que la legítima del menor no sufre gravamen o restricción alguna⁵¹.

De «sumamente dudosa» califica la Audiencia Provincial de Cantabria la cuestión de si el establecimiento de una administración distinta de la legal de los padres sobre la legítima estricta del menor constituiría o no un gravamen admitido en nuestro Derecho, pero resuel-

49. Respecto a la retribución del tutor, y la percepción de frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos si así lo han dispuesto los padres en testamento, *vid.* los artículos 274 y 275 CC quizá aplicables, análogicamente, al supuesto que analizamos.

50. De la misma opinión es BERMEJO PUMAR (en *Instituciones de Derecho Privado* coord. por DELGADO DE MIGUEL, tomo V, «Sucesiones» –coord. por GARRIDO MELERO–, vol. 3.º, Thomson-Civitas, 2005, p. 213), para quien «el nombramiento de administrador de los bienes dejados al sujeto de patria potestad (artículo 164), o sometido a tutela, aun en pago de su legítima (nieto huérfano de padre hijo del testador) no se considera gravamen sobre la legítima, porque en nada limita el derecho del legitimario». En el mismo sentido, concluyendo que si el disponente a título gratuito excluye de la administración de los padres todos los bienes que transmita al hijo ello habrá de entenderse sin excepciones, incluyendo la legítima, se ha pronunciado también recientemente SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (*La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006, pp. 278 y 279). La citada autora hace valer, especialmente, un argumento ya utilizado por VENTOSO ESCRIBANO (*La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid, Colex, 1989, pp. 169 y 170), según el cual no parece existir razón para considerar intocable la legítima en este supuesto que se analiza cuando la excepción segunda del propio artículo 164 CC (que el padre o la madre hubieran sido desheredados justamente o estuvieran incurso en causa de indignidad) permite excluir al progenitor de la administración de los bienes, aunque sean constitutivos de legítima.

Sin embargo, un análisis diferente ha realizado BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1107) que, al estudiar el artículo 164 del Código Civil, subraya que quedan fuera del ámbito de aplicación de este precepto los bienes recibidos a título de legítima, pues constituye un obstáculo para ello el párrafo 2.º del artículo 813 CC, e indica incluso que la exclusión de la legítima se extiende en este caso a la mejora (considera en este sentido distorsionada la aplicación del artículo 824 CC para admitir la posibilidad de encomendar su administración a otro legitimario o descendiente de éste).

51. Cuestión diferente sería decidir si constituye un gravamen sobre la legítima la imposición de un régimen de administración por un extraño del patrimonio transmitido *mortis causa* siendo el titular del mismo mayor de edad y plenamente capaz, limitación de las facultades dominicales que, a mi modo de ver, sí implica un gravamen. En este sentido recoge VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama de Derecho de sucesiones I. Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1982, p. 648) los argumentos vertidos por la Redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* en contra de la decisión del Tribunal Supremo que no lo entendió así, aplicando, en Sentencia de 15 de diciembre de 1922, el Derecho anterior al Código Civil. En opinión del citado autor no puede derivarse de nuestro Derecho sucesorio directamente la posibilidad de compensar el gravamen impuesto con el mayor *quantum* recibido; sólo sería posible que el testador estableciera de forma expresa en su testamento una cautela de opción compensatoria de la legítima que le imponga al heredero forzoso la elección entre la mayor disposición testamentaria, con esa carga, quedarse con la legítima pura, pero estricta.

ve admitiendo la cláusula testamentaria debatida en el caso concreto por la compensación operada por la atribución del tercio de libre disposición⁵². Por la legalidad de la cláusula testamentaria que ordenara la constitución de una administración distinta de la paterna o materna sobre la legítima estricta se pronuncia, por su parte, VALLET con apoyo en el aptdo. 2.º del artículo 164 CC⁵³.

II.4. Sustitución pupilar

En conexión con la facultad de los padres de tomar decisiones en su testamento sobre los bienes de sus hijos menores de edad, que no es plena en cuanto aquéllos queden sujetos a tutela, por cuanto la intervención judicial puede contravenir en ocasiones algunas de ellas, no debe olvidarse la regulación en el artículo 775 CC de una sustitución hereditaria, la denominada pupilar, que puede servir también a tal finalidad, aunque parece de escaso uso en la práctica testamentaria española⁵⁴. Se trata, al menos, aunque no sea tan sencillo precisar su alcance objetivo —cuáles son los bienes del menor afectados por esa disposición ajena, si únicamente los transmitidos por el sustituyente o el conjunto del patrimonio de aquél⁵⁵— de que los ascendientes pueden regular la sucesión de los menores de catorce años, en previsión de que el menor les sobreviva pero fallezca sin edad de testar, con lo que el destino del patrimonio que se le transmitió *mortis causa* podría ser uno no querido por el causante, lo que se manifiesta con meridiana claridad en el caso de padres separados o divorciados, por el juego de las normas sobre sucesión intestada⁵⁶. No obstante, siempre ha de tenerse en cuenta que, por disposición del artículo 777 CC, la sustitución pupilar sólo sería válida, teniendo el sustituido herederos forzosos, si se respetaran los derechos legitimarios de éstos⁵⁷, lo que incide decisivamente sobre su alcance en los supuestos apuntados.

En consecuencia, por tanto, aun en el caso que se asuma la tesis más restrictiva sobre el alcance de la sustitución pupilar —tan sólo los bienes transmitidos al sustituido por el sustituyente y no todo el patrimonio de aquél, como ha hecho recientemente la Dirección General de Registros y del Notariado en resolución de 6 de febrero de 2003⁵⁸— y no se olvide el

52. Sentencia de 11 de mayo de 2004 (*JUR* 2004\193808).

53. *Op. cit.*, p. 647.

54. Así lo resalta RIVAS MARTÍNEZ (*Derecho de sucesiones común y foral*, tomo II, vol. 1.º, 3.ª ed., Madrid, Dykinson, 2004, pp. 95 y 100) que opina que su desaparición en nuestro Derecho positivo no dejaría vacío alguno y, sin embargo, considera que la sustitución ejemplar no debería dejar de estar regulada en Código Civil por prestar un relevante servicio para una realidad jurídica necesitada de normativa especial.

55. Esta última manera de entender el alcance de las sustituciones pupilar y ejemplar, sustentada en relación con el Derecho común por un significativo sector de la doctrina, es la que tiene reflejo tanto en el Derecho civil de Cataluña como en el de Baleares, donde no existe una prohibición del tenor de la del artículo 670 CC de hacer testamento a través de tercero. Así, en estas Comunidades Autónomas las sustituciones abarcan no sólo los bienes transmitidos por el sustituyente, sino también los propios del menor (artículos 171 y siguientes, especialmente el 175, para la sustitución ejemplar, del Código de Sucesiones de Cataluña y artículo 14 de la Compilación del Derecho civil de Baleares).

56. En efecto, fallecido el menor de catorce años que heredó bienes de su padre o madre, éstos pasarían en su totalidad con la muerte de aquél al otro progenitor, si sobreviviera, efecto final previsiblemente contrario a la voluntad del que murió antes, en los casos que aquí apuntamos de crisis matrimoniales (*vid.* artículos 935 y 937, que regulan la sucesión en la línea recta ascendente, sin derecho de representación).

57. En el supuesto que estudiamos, la legítima de los padres o ascendientes es (artículo 809 CC) la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, no concurriendo con el cónyuge de éste.

58. (*RJ* 2003\2269). En efecto, aunque referida directamente a una sustitución ejemplar, la citada resolución aplica tanto a ésta como a la pupilar el criterio de que el sustituyente sólo puede decidir el destino de los bienes que él transmite al sustituido y no el del resto de su patrimonio. En apoyo de tal tesis califica la DGRN de simple *obiter dicta* las afirmaciones del Tribunal

contenido del artículo 777 CC, se trata de un instrumento de control patrimonial por parte de los ascendientes –no sólo los padres– cuya utilidad no debe desdafiarse y debería darse a conocer a los testadores, si se encuentran en la situación familiar descrita⁵⁹.

De todos modos, téngase en consideración que, como se argumenta por los defensores de la teoría amplia, si la sustitución pupilar sólo se refiere a los bienes transmitidos por el sustituyente⁶⁰, el efecto de evitar un destino de los mismos no querido por el disponente en caso de fallecimiento a edad temprana del menor de edad, también podría evitarse en algunos casos instituyéndolo heredero con una sustitución fideicomisaria, si bien tal solución no es admisible si el menor es heredero forzoso del disponente en relación a su cuota legitimaria⁶¹. Fuera de este caso, el instrumento de la sustitución fideicomisaria parece ser, en realidad, el más comúnmente empleado en la práctica notarial para la consecución de la finalidad apuntada, con la diferencia de que entonces –salvo que el fideicomiso se configurara del tipo de *eo quod supererit* o *si aliquid supererit*– se hace pesar sobre el menor la obligación de conservar los bienes para poder transmitirlos al fideicomisario, restricción que no existe si se ordenó una sustitución pupilar⁶².

III. LA ORDENACIÓN DEL DESTINO DE LOS BIENES DEL TESTADOR EN ATENCIÓN A LA PROTECCIÓN DE DESCENDIENTES MENORES DE EDAD

III.1 Finalidad perseguida y medios adecuados para lograrla

Una primera dificultad que genera hallar, en las circunstancias familiares que en este estudio contemplamos, las instituciones testamentarias apropiadas y su configuración jurídica más idónea es que, a diferencia del propósito que generalmente guía la actuación del ascendiente testador cuando trata de proteger a un descendiente incapacitado o con una gran discapacidad, en que se pretende que lo estatuido sea una tutela vitalicia de sus intereses, pues se trata

Supremo en Sentencias de 20 de mayo de 1972 y 26 de mayo de 1997 (RJ 2559 y 4234, respectivamente) en las que el Alto Tribunal hace ver que los artículos 775 y 776, reguladores de las sustituciones pupilar y ejemplar son excepciones al artículo 670 CC, es decir, al carácter personalísimo del testamento, en cuanto que el sustituyente testa por el sustituido y le nombra heredero (en todos sus bienes).

59. Piénsese también en el abuelo de un niño al que transmite parte importante de su patrimonio por haber premuerto su padre o madre y que puede evitar por esta vía que tales bienes acaben siendo propiedad de su nuera o yerno, con el que ha mantenido siempre pésimas relaciones, en el caso de que el menor falleciera sin testar.

60. Aunque, a mi modo de ver, sustituyente puede ser uno de los padres solo, y de hecho la doctrina discute cuáles deberían ser las reglas en caso de colisión de sustituciones ordenadas por los dos ante la falta de criterios legales, GARRIDO MELERO (en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por DELGADO DE MIGUEL, tomo V, vol. 1.º, «Sucesiones», Thomson-Civitas, 2004, p. 902) ha señalado que el ejercicio conjunto de la patria potestad y la igualdad de derechos de los padres no puede llevar en el campo del Código Civil más que a admitir una ordenación conjunta de la sustitución o de uno con el consentimiento del otro, puesto que, a su juicio, no tiene sentido en el momento actual que uno de los padres «haga el testamento de su hijo» sin contar con el consentimiento del otro cuando el ordenamiento jurídico exige para numerosos actos una actuación conjunta.

61. Recuérdese que la legítima estricta no puede ser gravada por una sustitución fideicomisaria, como subraya el artículo 782 CC fuera del caso que este mismo precepto recoge en su último inciso, es decir, en beneficio de un hijo o descendiente incapacitado judicialmente.

62. Obsérvese la fusión entre la que el Derecho común denomina sustitución pupilar y la fideicomisaria que acoge el Fuero Nuevo de Navarra en su ley 227, al afirmar que «se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente para el caso de que éste fallezca antes de llegar a la pubertad (...)». Puede verse el comentario a dicha ley de MEZQUITA GARCÍA GRANERO en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dir. por RUBIO TORRANO, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 665- 667.

de situaciones casi siempre irreversibles, la intención de incluir en el testamento cláusulas que amparen al menor de edad normalmente responde a una realidad tan sólo coyuntural. No se trata, desde luego, de la adopción de medidas que tengan como término final, ineluctablemente, el día en que el descendiente adquiera la mayoría de edad, pero sí habrán de contemplarse las escogidas como medidas de duración temporal de alguna manera limitada, quizá por la constatación de la plena autonomía patrimonial de quien al hacer testamento su ascendiente era menor, lo que irá ligado a su capacidad laboral y la obtención de los ingresos necesarios. Ello deberá, sin duda, condicionar la elección por parte del Notario autorizante del testamento o, en su caso, del letrado asesor, de las figuras jurídicas que mejor sirvan a esa intención del testador —proteger a sus hijos o nietos menores de edad en la medida en que lo sean y por la situación de inferioridad en que ello los coloca, no porque otros motivos les induzcan a desequilibrar la distribución de su patrimonio en su beneficio— y, consecuentemente, la propia redacción de las cláusulas testamentarias que las recojan.

En ocasiones, la falta de previsión expresa en el propio testamento de una ordenación patrimonial diferente para cuando el menor deje de serlo y disfrute de independencia económica suele ir ligada a la voluntad del testador de revocar el que ahora otorga cuando aquella situación sea una realidad, disponiendo entonces un clausulado diferente. Bien por olvidos, bien por muertes inesperadas sobrevenidas, esa intención de otorgar nuevo testamento puede no verse cumplida y devenir últimas y por ello definitivas las decisiones plasmadas tomando en consideración la minoría de edad de uno de los descendientes.

En todo caso, aunque se actuara con ese propósito y el nuevo testamento nunca fuese otorgado, sin que en el primero existiera la suficiente previsión para utilizar la fórmula de las atribuciones de bienes o derechos condicionadas o sometidas a término final, figuras que acaso sean las más adecuadas en estos casos, aún podríamos preguntarnos si la interpretación de la voluntad del testador, deducida fundamentalmente atendiendo al conjunto del clausulado del testamento (sistemática, artículo 1285 CC)⁶³ y con apoyo en elementos extrínsecos a él⁶⁴, podría conducir a conclusiones análogas, determinando que las previsiones testamentarias que de un modo u otro privilegian la situación del menor pudieran entenderse carentes de fundamento cuando aquél deje de serlo. Esta línea, que podría encajar en la técnica de la denominada interpretación integradora o integrativa, admitida también por el Tribunal Supremo, aunque no sin cautelas, parece, sin embargo, bastante peligrosa, a mi juicio, en este caso en cuanto puede llegar a averiguarse, en efecto, que la voluntad del testador sería hacer una ordenación diferente de sus bienes si todos sus hijos fueran mayores de edad y autónomos, pero acaso no cuál sería precisamente tal distribución⁶⁵.

63. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1998 (*RJ* 1998\4746) ha resaltado la posibilidad de aplicar en la interpretación testamentaria, como complemento del artículo 675 CC, algunos de los preceptos que el Código Civil dedica a la de los contratos, considerando que pueden utilizarse, sin duda alguna, los criterios recogidos en los artículos 1281 a 1285 de este Cuerpo legal.

64. Como es sabido, una jurisprudencia prácticamente unánime ha admitido desde mediados del pasado siglo la utilización, como criterio interpretativo del testamento, de diferentes elementos externos a él, en busca de la verdadera voluntad de su otorgante (baste la cita de las SSTS de 1 de junio de 1946 —*RJ* 1946\698—, 6 de diciembre de 1952 —*RJ* 1952\2430, 26 de marzo de 1983 —*RJ* 1983\1644—, 9 de junio de 1987 —*RJ* 1987\4049—, 18 de julio de 1991 —*RJ* 1991\5400—, 31 de diciembre de 1992 —*RJ* 1992\10426— y 24 de mayo de 2002 —*RJ* 2002\4459—, entre otras muchas).

65. Realmente no parece suficiente en tales casos dejar sin efecto las medidas patrimoniales de protección del que era menor cuando se previeron, sino que es posible que tal conclusión exigiera una operación mucho más amplia de reajuste del contenido íntegro del testamento, que no parece admisible, puesto que no es lícito que el intérprete, por la vía de una integración completa de aquél, suplante al testador.

El otro eje en torno al cual debe girar, a mi modo de ver, la decisión sobre el contenido del testamento de quien tiene descendientes menores de edad a quienes desea proteger ha de ser, siempre que las concretas circunstancias familiares concurrentes así lo permitan, equilibrar la protección de sus intereses personales y patrimoniales con la necesidad de no ahogar con rígidos controles al resto de los beneficiarios de la sucesión *mortis causa* –herederos y/o legatarios– así como, principalmente, a quien se designe como tutor con vistas a su ulterior nombramiento judicial, que, por otra parte, también puede reunir aquella condición. En un clima de armonía familiar, pues, lo normal es facilitar a los parientes cercanos del menor que hayan de encargarse de él su actuación en el tráfico jurídico sin imponerles desproporcionados controles, fiscalización y cargas, sin perjuicio de prever medidas especiales en caso de conflicto de intereses o de desatención del menor (incluso pérdida de derechos transmitidos).

Cuestión diferente será, desde luego, que al tiempo de la redacción del testamento ya existieran o fueran fácilmente imaginables desavenencias familiares, en cuyo caso puede ser oportuno reforzar las medidas de control a que antes hacíamos referencia. Del mismo modo, en situaciones de esta índole parece necesario hacer las previsiones imprescindibles para evitar que, por el juego del *ius transmissionis* recogido en el artículo 1006 CC, la muerte del menor instituido como heredero antes de aceptar o repudiar la herencia determine la adquisición por sus propios herederos de los bienes que a él se destinaban, quizá personas a quienes el causante no deseaba en modo alguno como beneficiarios de su herencia⁶⁶. En este sentido, se considera que la transmisión del *ius delationis* no es de derecho imperativo y que dicho efecto puede ser excluido expresamente por el testador, que siempre está facultado para disponer otro destino diferente para los bienes en caso de que el instituido heredero le sobreviva pero fallezca sin aceptar ni repudiar⁶⁷.

Desde otra perspectiva, son también factores determinantes de la configuración jurídica del testamento en que se pretende amparar a un descendiente menor de edad, indudablemente, si se trata o no de un legitimario; si, siéndolo, existen otros o es el único; la capacidad económica del causante y la composición de su patrimonio; si se trata de un hijo de un segundo matrimonio o pareja, que concurre a la herencia con otros, mucho mayores, de una relación anterior del causante; si éste deja viudo o no, etc.

III.1 Una primera decisión: ¿se mejora al menor de edad?

Indudablemente, no siempre que el testador pretende proteger económicamente a un menor de edad descendiente suyo –generalmente, hijo o nieto– utiliza como instrumento la

66. Los ejemplos más evidentes son los del abuelo o la abuela que no desean que por la muerte de su nieto antes de aceptar o repudiar la herencia la adquieran, por aplicación de las reglas de la sucesión intestada (artículo 935 CC), sus padres (con los que mantiene pésimas relaciones) o el que de ellos sobreviva (quizá su yerno o nuera).

67. En el caso de los legados, en que coinciden delación y adquisición, sin perjuicio de que puedan ser objeto de repudiación, el funcionamiento es diferente, pues el menor que sobreviviera al ascendiente causante de la herencia adquiere el legado desde la muerte de aquél y si él fallece se abre su sucesión. En este caso la institución jurídica que presta sus servicios a la voluntad del testador de que sus bienes no tengan finalmente como destinatarios a los herederos del menor a causa de la temprana muerte de éste (antes de cumplir los catorce) es la sustitución pupilar.

disposición a su favor de la totalidad o parte del tercio de mejora y, en su caso, del de libre disposición, aunque parece que tal decisión se presenta *ab initio* como la más obvia.

A) Delegación de la facultad de mejorar y distribuir los bienes

En primer término, si el testador está casado y tiene hijos con su cónyuge o tiene descendencia en común con otra persona, parece casi siempre aconsejable delegar por vía testamentaria *ex* artículo 831 CC en el cónyuge o miembro de la pareja superviviente la facultad de mejorar a alguno de ellos, que no necesariamente habrá de ser, por otra parte, quien era menor al tiempo de otorgar testamento y por ello origen de las preocupaciones del causante⁶⁸, delegación que, en realidad, como es conocido, puede tener un ámbito mucho más amplio que la simple facultad de mejorar, siendo más adecuado hablar así de «delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar»⁶⁹.

De este modo, pueden salvarse algunos de los inconvenientes antes apuntados de la rigidez de otro tipo de disposiciones testamentarias si se diera la circunstancia de que el hijo que pretendía ser protegido es ya autónomo en el momento de la apertura de la sucesión o adquiere dicha independencia dentro del plazo de que el viudo dispone para hacer uso de su facultad de mejorar (artículo 831.1.º CC)⁷⁰. Así, pues, se evita precipitar la distribución de los bienes de la herencia⁷¹ cuando uno de los descendientes sea menor y se permite aplazarla a un momento posterior⁷², en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de dicha persona⁷³. Cuestión más compleja, como otras muchas que plantea el artículo 831 CC, es, determinar en qué modo ha de entenderse el inciso legal relativo a la obligación del cónyuge viudo de «respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes», pues, resultando indubitado que no podrá al hacer las

68. Destaca GARRIDO DE PALMA («Los nuevos artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 2029), con ocasión de comentar la reforma del artículo 831 CC operada por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, las bondades de este precepto en otro tipo de situaciones familiares, como la existencia de hijos de corta edad.

69. Se trata de la expresión literal utilizada por ROCA GUILLAMÓN («Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar –Notas al artículo 831 del Código Civil– Ley 41/2003», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, cit., tomo II, pp. 4279-4301), aunque la generalidad de la doctrina maneja fórmulas similares para analizar el contenido del artículo 831 CC.

70. No se olvide, por otra parte, que la reforma del artículo 831 CC por Ley 41/2003 ha consagrado en el Derecho positivo la opinión que la doctrina comúnmente había expresado (véase, por todos, la cualificada opinión de ALBALADEJO GARCÍA: *La mejora*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles, 2003, pp. 79 y 80 y 74-76) de que el cónyuge viudo puede mejorar también a descendientes comunes que no sean hijos ni legitimarios, así como que la delegación de la facultad de mejorar no comprende sólo el tercio de mejora, sino también el de libre disposición (artículo 831.1.º CC).

71. De «aplazar la ordenación de buena parte de la sucesión» habla ASUA GONZÁLEZ en el comentario que del artículo 831 realiza en su monografía *Designación de sucesor a través de tercero*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 106.

72. De una situación de pendencia, análoga a la yacencia hereditaria, en la que se sabe quiénes son los sucesores, pero no la porción en que sucederá cada uno ni el título por el que lo hará, habla ZURILLA CARIÑANA en su «Comentario al artículo 831», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.): *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 988.

73. Tal es una de las principales funciones de esta figura jurídica, resaltada por la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, si bien con relación a la existencia de algún descendiente que se pueda calificar como discapacitado. Sin embargo, el artículo 831 CC, afectado por las modificaciones en él introducidas por esta Ley, no especifica ahora en modo alguno que la delegación de la facultad de mejorar y el resto de facultades que pueden conferirse al cónyuge o miembro de la pareja superviviente sólo sea admisible cuando alguno de los descendientes comunes sea discapacitado, por lo que esta figura, que tradicionalmente prestaba valiosos servicios cuando uno de los hijos era menor de edad, puede seguir siendo útil en este ámbito. De hecho, el artículo 831.1.º en su párrafo segundo contempla la «emancipación del último de los hijos comunes» como *dies a quo* en el cómputo del plazo de dos años para el ejercicio de la facultad de mejorar a que hace referencia.

adjudicaciones y ejercitar la facultad de mejorar vulnerar cuantitativamente aquéllas, ni imponerles entonces cargas o gravámenes, no parece existir criterio unánime acerca de la posibilidad de que los descendientes que sean legitimarios puedan exigir de manera inmediata la entrega de la estricta o corta o, por el contrario, deban soportar—por cierto tiempo, está claro que nunca indefinidamente— el retraso en el pago de dicha legítima, sobre la que el viudo carece de facultades dispositivas⁷⁴. A mi modo de ver, la exigibilidad inmediata de la legítima estricta, resulta, en la generalidad de los casos, muy difícil de articular con la facultad del viudo de realizar libremente las adjudicaciones de bienes⁷⁵, si bien es cierto que podría contar, desde la reforma de 2003, con un cierto apoyo argumental en la posibilidad, ahora consagrada legalmente, de que el cónyuge viudo realice las mejoras, adjudicaciones o atribuciones en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. No obstante, a mi juicio la reforma del artículo 831 CC consagra, enmarcada en la tendencia legislativa reciente—tanto a nivel estatal como autonómico— de cambiar la configuración tradicional de las legítimas y restringir su intangibilidad, un supuesto en que el legitimario puede verse forzado a aceptar un retraso en la entrega de lo que en concepto de tal le corresponda en la herencia.

Desde luego, si el testador opta por no conferir esta facultad de mejorar al cónyuge o progenitor de sus hijos, que presenta las ventajas apuntadas y prefiere fijar por sí la distribución de cuotas entre sus descendientes, el inconveniente derivado de la mejora al hijo menor de edad—en la cuota atribuida o en cosa determinada— es el ya subrayado de que generalmente no habrá voluntad de hacerlo con carácter definitivo, sino en tanto sea más débil que los demás a causa de su falta de autonomía económica. Cabría pensar entonces en el gravamen de la mejora con una sustitución fideicomisaria, quizá de residuo, en favor de los otros hijos legitimarios o sus descendientes (artículo 824 CC) en que la condición que opere para determinar la transmisión patrimonial sea, precisamente, la adquisición de tal independencia personal, medida en atención a ciertos parámetros que podrían mencionarse en el propio testamento⁷⁶. Desde otra perspectiva, podrían utilizarse los elementos accidentales en la configuración de la mejora en testamento⁷⁷, ordenando la misma si el

74. En este sentido, no faltan autores que entienden que el plazo que señala el artículo 831 lo es para el ejercicio por el cónyuge de las facultades que se le delegan, sin que se sujeten a él los derechos de los legitimarios para percibir lo que por legítima les corresponda. De este modo, habría dos liquidaciones, la de la legítima y la de lo demás [así lo sostiene BERMEJO PUMAR: *El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del Cónyuge)*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2001, p. 182, y más recientemente en *Instituciones de Derecho Privado*, cit., tomo V, «Sucesiones» vol. 3.º, p. 201]. También MIGUEL GONZÁLEZ («Comentario al artículo 831», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1317) subraya que el plazo que señale el testador para el ejercicio de las facultades conferidas al viudo o, en su caso, el señalado subsidiariamente por el artículo 831 CC es inoperante respecto de la legítima.

Otros autores, sin embargo, señalaban, antes de la reforma del artículo 831 CC. que, como es sabido, cambia el plazo de un año por el de dos, que los legitimarios podrían exigir sus legítimas cortas pasado el plazo de un año (en este sentido, VALLET DE GOYTISOLO: «Comentario al artículo 831», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO GARCÍA, tomo XI, Madrid, EDESA, 2.ª ed., 1982, p. 425).

75. Diversamente, no parece haber inconveniente para la exigibilidad inmediata de la legítima estricta cuando la composición de la herencia sea totalmente homogénea, al componerse el *relictum* únicamente de dinero en metálico u otra clase de bienes fungibles.

76. Las facultades dispositivas del mejorado, que constituyen precisamente lo especial de esa sustitución fideicomisaria comúnmente denominada fideicomiso de residuo, podrán ser moduladas por el causante según sus deseos. Indudablemente, en esta construcción deberá permitirse al fiduciario disponer de la mejora en situación de necesidad—incluso podrá especificarse qué se entiende por tal—, pero, además, será posible conferirle poder de disposición *inter vivos* a título oneroso en otras circunstancias diferentes (así, por ejemplo, para aprovechar unas buenas condiciones económicas de venta). Recuérdese que, en todo caso, en tanto sea menor de edad los actos de disposición sobre determinados bienes deberán realizarlos sus representantes legales, en su caso, previa autorización judicial (artículos 166.1.º y 271.2.º CC), mientras que cuando alcance los dieciocho años, aunque carezca de la autonomía económica que funcione como presupuesto de la transmisión patrimonial a los fideicomisarios, podrá realizar los actos dispositivos por sí mismo.

77. *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA: *La mejora*, cit., pp. 383-385.

descendiente no fuese autónomo económicamente al tiempo de la apertura de la sucesión y disponiendo de otro modo de los bienes si esa condición suspensiva se hubiese cumplido en tal momento.

Obsérvese, por otra parte, que si se mejora al hijo menor, sea o no con sustitución fideicomisaria que grave dicha mejora, ésta podrá ser en cosa determinada, con los efectos señalados en el artículo 829 CC⁷⁸. Este modo de ordenar las disposiciones testamentarias puede servir al propósito del causante de asegurar al menor una vivienda en la que desarrollar su vida hasta la consecución de su autonomía económica, si ese bien se tratase, precisamente, de un inmueble, dando de este modo respuesta a una de las preocupaciones principales de los padres testadores cuando tienen hijos menores o incapacitados⁷⁹.

B) Mejora del descendiente designado como tutor

Ponderando las circunstancias del caso, quizá sea más adecuado que mejorar al descendiente menor de edad hacer lo propio con otro distinto, precisamente aquel en quien el testador ha pensado para ocuparse de las funciones tutelares, en caso de que no le sobreviva el otro progenitor, titular de la patria potestad, manifestándolo así formalmente en su testamento. En estos casos, el causante mejora a quien designa *ex* artículo 223.I.º CC como tutor para su hijo, acaso compensándole del ejercicio de dicho cargo con atribuciones patrimoniales *mortis causa*. No parece desacertado en esta situación hacer previsiones que contemplen la posibilidad de que el designado tutor se excusara de la tutela después de haber adquirido los bienes o derechos que le fueron dejados en atención a esa función tutelar⁸⁰, pudiendo incluso someter la mejora de tal descendiente a la condición resolutoria de dejar voluntariamente sin causa justificativa suficiente el desempeño de la tutela, ordenando, en tal caso, otro destino para aquéllos⁸¹. En este sentido, puede establecerse que algunas que judicialmente puedan ser tenidas como justas causas de excusa no lo sean para conservar el patrimonio que ha sido transmitido precisamente en consideración a la designación del beneficiario

78. En realidad, como subraya VALLET («Comentario al artículo 829», en *Comentario del Código Civil*, cit., p. 2048), este precepto comprende tanto una mejora en cosa cierta como una mejora de cuota con asignación de una cosa determinada para satisfacerla o incluso una mejora de cosa cierta con señalamiento de cuota. En todo caso, el aspecto más polémico del artículo 829 es determinar cómo habrá de procederse cuando el valor de la cosa exceda del tercio de mejora. En este sentido, como expone LLEDÓ YAGÜE (*Compendio de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, tomo V, Madrid, Dykinson, 2004, p. 565), la mayor parte de la doctrina no lo interpreta literalmente, descartando que el mejorado haya de abonar a los demás interesados aquello que exceda del tercio de mejora, sin posibilidad de acudir a la parte de libre disposición. Así, si el tercio de libre disposición no está ya agotado por otras disposiciones del causante, debería imputarse a él el exceso del tercio de mejora, salvo que del testamento resulte ser otra la voluntad del causante. Por otra parte, también se ha expresado que el artículo 829 CC sólo es aplicable en sus propios términos cuando la cosa no admita fácil división, pues si así fuera no es estrictamente necesario que el mejorado abone siempre en metálico la diferencia a los demás.

79. En todo caso, recuérdese el diferente tratamiento que el artículo 822 CC otorga ahora, en lo relativo a la cobertura de la necesidad de vivienda de los hijos que convivieran con el causante, a los afectados por alguna discapacidad y a los que no la padecieran, aunque fueran menores de edad, pues a los primeros se les atribuye *ex lege* un derecho de habitación si el testador no lo hubiera excluido expresamente o hubiera dispuesto otra cosa, previsión inexistente en el caso de menores no discapacitados.

80. Ténganse en cuenta a estos efectos los artículos 253 y siguientes del Código Civil, en relación con el artículo 251, que prevé las que se estiman justas causas para excusarse de la tutela *ab initio*, aplicables también a los supuestos de excusa sobrevenida.

81. En realidad, la mejora ordenada en beneficio del descendiente que testamentariamente se designa como tutor del menor de edad parece de ordinario sometida, salvo que resulte que la voluntad del testador es otra, a la condición suspensiva de que efectivamente llegue a ser nombrado como tal, pues no puede olvidarse que el Juez, en virtud del artículo 224 CC, puede decidir que la persona idónea, en beneficio del menor, es otra y no nombrar al designado en testamento por el ascendiente. En tales casos, la mejora puede estar sometida a una doble condición, en relación con lo expresado en el texto, suspensiva –que el beneficiario llegue a ser tutor del menor– y resolutoria –la excusa de la tutela sin causa justificada–.

como tutor del menor que se quiere proteger. Incluso, en defecto de previsión testamentaria expresa, podría plantearse la aplicación analógica del artículo 257 CC, aplicable a la excusa, al tiempo de la delación, del cargo de tutor designado en testamento, que tendrá como consecuencia la pérdida de lo que le hubiera dejado el testador en atención al mismo, o la del artículo 900, previsto para el albacea, si bien algún autor como GIL RODRÍGUEZ pone reparos con base en la interpretación estricta que debe realizarse de un precepto de carácter sancionador⁸², por lo que se reaviva la importancia de que exista previsión *ad hoc* en el testamento del ascendiente.

Incluso, con independencia de la designación como tutor, el ascendiente puede mejorar a uno de sus hijos no necesitado de protección especial, gravándole con un legado de alimentos a favor del que sí la precisa, como recoge, en un supuesto en que se discutía sobre la forma en que habían de prestarse tales alimentos, en vista de la mala relación existente entre los hermanos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de noviembre de 2003⁸³.

Si se designara como tutor del menor a quien no fuera descendiente del causante podrían distribuirse los dos tercios de la herencia en partes iguales entre los legitimarios, sin mejorar a ninguno, y atribuir la totalidad o parte del tercio de libre disposición en favor de aquél, en atención a la función que se encomendaba.

Téngase en cuenta que la previsión de constitución de la tutela designando para ocupar el cargo a un familiar cercano del menor puede servir también para que los padres en su testamento hagan disposiciones *ex* artículo 223 CC sobre la residencia del menor en tanto continúe siéndolo. Así, no será inhabitual que, tras designar como tutor del menor a uno de sus hermanos u otro pariente próximo, indiquen que éste deberá acoger en su domicilio al menor, lo cual parece deberá mantener el Juez salvo que el interés de aquél exija otra cosa. Este tipo de disposiciones hará innecesarias otras ordenaciones patrimoniales del testamento que aseguren al menor la vivienda a través de un legado de habitación o de una mejora en cosa cierta consistente en un inmueble, a la que aludíamos antes. En todo caso, la imposición al que haya de ser nombrado tutor de un deber de convivencia en su propio hogar con el menor, que en modo alguno es connatural al ejercicio de la propia función tutelar⁸⁴, bien puede ser origen de la atribución patrimonial en su favor de un inmueble, precisamen-

82. Por este motivo, el citado autor rechaza la aplicación analógica del artículo 257, si bien no descarta utilizar el argumento del artículo 900 para admitir que perderá lo que se le haya dejado en atención a su designación como tutor aquel que, teniendo al tiempo de su nombramiento razón para excusarse, aceptara el cargo para evitar la aplicación del artículo 257 y después fuese removido de la tutela por conducirse mal en su ejercicio («Comentario al artículo 257», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 443 y 444).

83. *JUR* 2003\91834. La Audiencia corrobora la interpretación que del testamento hizo el juzgador de instancia en el sentido de que la voluntad del causante era mejorar a uno de sus hijos en atención a la obligación que se le imponía de prestar alimentos y las atenciones necesarias para el mantenimiento de su hermano, incapaz de valerse por sí mismo (pero no judicialmente incapacitado), fórmula jurídica que sería igualmente útil para un menor de edad, fijando como límite en la prestación alimenticia una condición o un término. A la vista de los conflictos entre los hermanos, el tribunal resuelve que la forma de prestar los alimentos (con cargo a los cuales se habían dejado afectas las 4/9 partes del caudal hereditario) será el ingreso de cierta cantidad de dinero mensualmente en una cuenta a disposición del alimentista.

84. Como pone de relieve GIL RODRÍGUEZ («Comentario al artículo 269», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, *cit.*, p. 792), a diferencia de lo que ocurre con los titulares de la patria potestad, como puede comprobarse en el artículo 154.1.º CC, los tutores no tienen el deber de tener en su compañía al pupilo, puesto que tal vez el beneficio de éste no lo exija. Sin embargo, la imposición al tutor del deber de velar por el sujeto a tutela en el artículo 269 CC es apoyo suficiente para que el Juez tome las determinaciones oportunas cuando considere que es beneficioso que el tutor viva en compañía del pupilo.

te como mejora en cosa cierta –si fuera descendiente del causante– o, en su caso, como un legado, que se imputará del modo que corresponda, según sea legitimario o un extraño.

No parece aconsejable, a mi juicio, incluir en el testamento como forma de protección del menor una cláusula de disposición patrimonial, a título de herencia o legado, en favor «de quien lo cuide», pues la indeterminación que la misma significa, aun sin incurrir en la prohibición del artículo 750 CC relativa a las personas inciertas, no dejará de causar problemas en el núcleo familiar. En efecto, una disposición de este tenor, por lo demás infrecuente en la práctica notarial en relación con menores⁸⁵, exigiría, a mi modo de ver, ineludiblemente, la atribución de facultades específicas al albacea para designar al que debiera de ocuparse efectivamente del menor en caso de que varias personas se ofrecieran a hacerlo. Además, creo que debería interpretarse, salvo que se dedujera del propio testamento que era otra la voluntad del testador, como una disposición sujeta a condición resolutoria, que quedaría sin efecto en caso de que el cuidado del menor se abandonara⁸⁶. Todos estos inconvenientes resaltan la conveniencia de optar en la elaboración del testamento por alguna de las otras fórmulas ya analizadas.

III.3. Determinación de la categoría de bienes o derechos que se transmiten al menor de edad. Partición hecha por el propio testador. Designación de contador-partidor. Pago en metálico de legítimas

Atendiendo a las circunstancias concurrentes en la familia y a las necesidades del descendiente menor de edad, sin dejar de lado las prescripciones legales sobre intervención judicial en la patria potestad o la tutela, el ascendiente que otorga testamento puede ordenar las atribuciones patrimoniales en la forma que mejor convenga, pues, indudablemente, no es irrelevante que el menor se convierta a través de la sucesión *mortis causa* en propietario de inmuebles o derechos reales sobre ellos, bienes muebles, valores mobiliarios, dinero en metálico u otra clase de bienes o derechos.

En este sentido, ya hemos señalado que puede resultar de interés transmitir al menor un derecho real sobre un inmueble, sea el de propiedad o uno limitado, como el usufructo o la habitación, con intención de asegurarle el acceso a una vivienda digna, si tal necesidad no pudiera quedar mejor atendida de otro modo⁸⁷, sin perjuicio de las dificultades de

85. Sí parece más común, aunque tampoco exenta de problemas, la utilización de estas disposiciones a favor de quien cuide al testador, en cuyo caso la determinación del heredero o legatario exigirá la constatación de que así se hizo efectivamente (por ejemplo, a través de un acta de notoriedad). El artículo 203.2.º de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (DOGA de 29 de junio de 2006) establece que, salvo que se disponga otra cosa, será el albacea el que, en escritura pública, determinará la persona o personas que cuidaron al testador.

86. Cuestión diferente es una disposición patrimonial hecha bajo la condición (resolutoria) de cuidar y asistir al menor que se quiere proteger, cláusulas a las que ya hemos hecho referencia, en cuyo caso, si se nombra albacea podría encomendársele la facultad de apreciar el cumplimiento o no de la misma (véase el artículo 204 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia).

87. Como institución utilizada especialmente para otorgar amparo en el ámbito familiar describe también el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en Sentencia de 7 de marzo de 1997 (RJ 1997\4465), el *estatge*, derecho real de naturaleza inmobiliaria, personalísimo e intransmisible, que tiene por objeto solamente las dependencias o habitaciones de la casa necesarias para su titular, que en el caso debatido había sido legado en testamento otorgado por la madre a dos de sus hijas, en cuanto permanecieran solteras.

determinación del alcance y amplitud del derecho de habitación y de la repercusión que ello pudiera tener en materia de protección cuantitativa de las legítimas⁸⁸. Sin embargo, téngase en consideración que el hijo menor de edad que no sea discapacitado⁸⁹ no goza de los beneficios que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, introdujo en relación con el legado de habitación en el artículo 822 CC, aunque conviviera con el causante en el inmueble que constituya su objeto –vivienda familiar– en el momento de morir aquél, es decir, su valor se computa para el cálculo de las legítimas y en ningún caso disfruta de un legado de habitación *ex lege*⁹⁰.

Diversamente, en ocasiones el causante busca, en la confianza en la correcta gestión patrimonial del progenitor titular de la patria potestad superviviente o del tutor por él designado, proporcionarle la mayor flexibilidad y agilidad posible en su función, para lo cual sin duda es más adecuado dejar al menor un capital en metálico o gravar a alguno de los herederos o legatarios con el pago en su favor de una renta periódica, dado que los artículos 166, 271 y 272 CC no contemplan la necesidad de autorización judicial previa para realizar actos de enajenación de esta clase de bienes.

Al servicio de esta finalidad de búsqueda de un ámbito de gestión económica del padre o tutor no paralizada por la continua necesidad de requerir autorizaciones judiciales puede pensarse tanto en la atribución de una facultad específica al contador-partidor que se haya nombrado testamentariamente, algo casi ineludible para alcanzar el propósito en estas líneas expuesto, como en que sea el propio testador el que disponga el pago en metálico de la legítima de los hijos menores⁹¹, con atribución de todos o parte de los bienes que integran

88. Algunos problemas puede suscitar la interpretación de la voluntad del testador en torno a la amplitud con que haya querido configurar el derecho de habitación, pues, como es sabido, este derecho puede recaer sobre toda la casa, supuesto contemplado en el artículo 527 CC para imponer la obligación al habitacionista de hacerse cargo de los gastos de conservación ordinaria del inmueble y del pago de las contribuciones, o sólo sobre las estancias necesarias para aquél, sin derecho de ocupar todo el inmueble, parte del cual puede estar habitado por otras personas con distinto título jurídico. En la Sentencia de 16 de octubre de 2003 (*JUR* 2004\75389) la Audiencia Provincial de Baleares, aplicando el artículo 54 de la Compilación de Derecho civil balear, interpreta que la obligación que la testadora impone a los titulares del derecho de habitación de «cuidar con todo esmero la casa y cuidar de su entretenimiento» no es sino la general que corresponde a todo habitacionista de ocuparse del inmueble como un buen padre de familia, sin que en modo alguno deba entenderse que lleva paralelo el derecho de ocupación total de la casa, como en el supuesto a que se refiere el artículo 527 CC. También en el sentido limitado de considerar su extensión reducida a las estancias de la casa que satisfagan las necesidades del habitacionista y no a la totalidad de aquélla interpreta una cláusula testamentaria que lega un derecho de habitación la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de septiembre de 2003 (*AC* 2003\1817). Considera este tribunal que constituido un derecho de habitación ha de presumirse que sólo confiere la facultad de ocupar las partes de la vivienda necesarias, requiriéndose para que pueda entenderse referido a la totalidad de la vivienda que así se establezca de forma expresa y clara, lo que no ocurría en el caso discutido, en que el testamento guardaba absoluto silencio sobre la amplitud del derecho.

89. *Vid.* artículo 2.2.º de este texto legal para integrar el concepto de discapacidad, que exige un cierto grado de minusvalía física, sensorial o psíquica.

90. *Vid.* DÍAZ ALABART: «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Aranzadi Civil*, núm. 3, mayo 2006, pp. 15-50.

91. Repárese en la importancia de que el testador que no realiza por sí la partición atribuya al contador-partidor de modo específico esa facultad de realizar pagos en metálico de legítimas, pues en caso contrario, el que goza sólo de las generales del artículo 1057 CC no podrá actuar de tal modo, ya que, como ha resaltado la Dirección General de Registros en resolución de 2 de diciembre de 1964 (*RJ* 1964\5928), habrá de respetar el principio de igualdad cualitativa de los lotes recogido en el artículo 1061 CC. De todas maneras, esta citada resolución permite la inscripción registral de la partición realizada por un contador-partidor que no tenía atribuida expresamente esa facultad y había adjudicado una finca íntegra a uno de los coherederos, ordenando el pago en metálico de los demás por entender que «no obstante, es también evidente que los Contadores, al cumplir su misión, deben tener en cuenta las circunstancias y modalidades de la partición, ya que hay casos en que no tiene medio hábil para hacer los lotes ajustados al criterio del artículo 1061 del CC por la imposibilidad material de distribuir los pocos bienes hereditarios entre el número grande de herederos, y por ello, el artículo 1062, permite, como excepción al artículo anterior, que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, puede ser adjudicada

el patrimonio del causante a los otros hijos o descendientes, en el sentido del artículo 841 CC⁹².

Desde luego, resulta aconsejable que, en defecto de una partición realizada por el propio testador en su testamento o por acto *inter vivos* que tenga apoyo en aquél, designe contador-partidor⁹³, atribuyéndole amplias facultades, en particular la mencionada de pago en metálico de legítimas, permitiéndole apartarse del mandato del artículo 1061 CC. Ello deviene esencial cuando sean previsibles los conflictos entre los coherederos, pues la partición hecha por ellos en el Derecho común ha de ser, como es sabido, unánime⁹⁴ y el desacuerdo habrá de conducir a la partición judicial (artículo 1059 CC) o a la designación de un contador-partidor dativo, cuyas operaciones habrán de ser objeto de aprobación judicial, en defecto de ese acuerdo unánime de los herederos (artículo 1057.2.º CC).

En particular, ténganse en consideración las exigencias legales impuestas para realizar una partición con menores de edad⁹⁵, que únicamente podrían ser obviadas con la realizada por el propio testador. Incluso la que lleve a cabo el contador-partidor testamentariamente designado exige la citación para la realización de inventario de los representantes legales de los menores o, en su caso, de un defensor judicial si existiera conflicto de intereses entre éstos y el titular de la patria potestad (artículo 1057.3.º CC)⁹⁶. Por su parte, la partición que

a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, circunstancia que concurre en el presente recurso donde hay una sola y pequeña finca inventariada, que el Contador ha atribuido al mayor partícipe, siguiendo análogo criterio al adoptado por las Resoluciones de este Centro de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925 y 6 de abril de 1962, que declararon no haberse excedido el Comisario en sus funciones por ser acto de partición ordinaria el comprendido en el artículo 1062 del CC, sin perjuicio de la facultad de vender, en su caso, en pública subasta, la finca inventariada, a petición de cualquier heredero, según previene el citado precepto legal».

92. Evidentemente, atendiendo a las necesidades y circunstancias del caso, podría resultar de más interés la operación inversa, es decir, adjudicar al menor de edad el único bien integrante del patrimonio del causante o el más valioso, recibiendo los demás herederos forzosos el pago de su legítima en metálico.

93. Como subraya DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, el nombramiento de contador-partidor por parte del testador se puede hacer en el mismo testamento, y ello es lo más habitual en la práctica, o fuera de él, en documento que sería conveniente fuera de naturaleza pública, aunque no sea necesario. En todo caso, este documento que contenga designación de contador-partidor ha de estar en conexión con el testamento que fije las cuotas de los herederos («Comentario al artículo 1057», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, p. 2484).

94. El artículo 165 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, permitía la partición hecha por mayoría de los herederos, pero siempre y cuando no existieran incapacitados o menores no emancipados, caso en que la partición de los herederos habría de ser también unánime (por acuerdo de los herederos mayores y los representantes legales de los menores, según disponía el artículo 169 del mencionado texto legal). Sin embargo, en la nueva Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que deroga la anterior, se advierte un significativo cambio en el tratamiento de esta cuestión, pues los artículos 294 y siguientes, que regulan ahora la partición por mayoría, no contemplan excepción alguna para su validez cuando haya herederos menores de edad, siempre y cuando estén legalmente representados.

95. En profundidad sobre este tema, ROMERO COLOMA: «Representación legal de hijos menores de edad en particiones hereditarias», *RCDI*, núm. 692, 2005, pp. 1905-1928.

96. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de abril de 1967 (RJ 1967\2207) ha puesto de relieve que el paralelismo de la partición hecha por comisario con la realizada por el propio testador «encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad y sujeto a tutela, debiendo entonces el Comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (apartado 2.º del artículo 1057 del CC), sin que se requiera una forma determinada para verificar la citación con lo que los menores coherederos pueden ser llamados a la formación de inventario por cualquier medio hábil para tal fin sin que se exija su presencia tras haber sido citados para dicho acto.

Por otra parte, puede entenderse (así STS de 16 de mayo de 1984 -RJ 1984\2415-) que la falta de citación para la realización del inventario de los representantes legales de los menores es causa de nulidad de la partición, por tratarse de un presupuesto necesario e insoslayable de ésta, y no simplemente de anulabilidad, conclusión a la que podría llegarse si esa intervención se contempla como una forma de protección de los menores y, por tanto, una medida establecida en su exclusivo beneficio, de lo que derivaría la posibilidad de impugnación sólo por los afectados, pero no la nulidad radical (en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de diciembre de 1976 -RJ 1976\5578- y 17 de diciembre de 1988 -RJ 1988\9475-, interpretando el sentido del artículo 1057 *in fine* en su redacción anterior a la actual, que exigía la citación,

realicen los propios herederos –convencional o contractual– exige aprobación judicial en caso de que se hubiera designado un defensor judicial que tutele los intereses del menor de edad si se estimara la concurrencia de posible colisión con los de su representante legal (artículo 1060.2.º CC)⁹⁷.

No parece baladí, pues, traer de nuevo aquí a colación la facultad del padre o la madre (que generalmente se deduce del artículo 223.1.º CC) de designar defensor judicial en su testamento (sin perjuicio de que el nombramiento sea, desde luego, judicial) en previsión de conflictos como los que analizamos entre los intereses del menor y los del tutor –que puede ser un pariente cercano y, por ello, beneficiario de la herencia, incluso un legitimario– a la hora de realizarse la partición. Ciertamente, el conflicto de intereses y la necesidad de nombramiento de defensor judicial pueden subvenir también cuando el menor tiene como representante legal a uno de sus progenitores, pero en tal caso no parece amparar al otro para su designación testamentaria un precepto análogo al que comentamos en sede de tutela.

De todas maneras, parece que, existiendo algún coheredero menor de edad, si por algún motivo no resultara adecuada la partición realizada por el propio testador⁹⁸, la mejor opción para éste es el nombramiento de contador-partidor, acaso con indicaciones concretas en forma de normas particionales⁹⁹, atribuyéndole, en la forma que antes indicábamos, amplias facultades, que le habiliten para actuar en la consecución de resultados finales de distribución del patrimonio buscados por el testador y no comúnmente admitidos en nuestro Código Civil para todo tipo de particiones¹⁰⁰.

cuando había herederos menores de edad, de todos los coherederos, acreedores y legatarios). Por la tesis de la anulabilidad, en su comentario del artículo 1057 tras la reforma operada en él por la LO 1/1996, se pronuncia MARTÍNEZ ESPÍN (en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO –COORD.–: *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 1225).

Evidentemente, de la posición que se adopte sobre la nulidad o anulabilidad de esta partición dependerá la determinación del círculo de legitimados activamente para el ejercicio de la correspondiente acción judicial.

97. Este apartado 2.º del artículo 1060 fue incorporado al Código Civil por la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Por su parte, el artículo 57.2.º del Código de sucesiones de Cataluña (30 de diciembre de 1991) dispone, en cuanto se refiere a una partición contractual con herederos menores de edad, que si están representados legalmente en la misma sólo se exigirá intervención o aprobación judicial cuando esta representación corresponda al tutor.

98. Así, en el caso de que existiera la previsión de incorporación de nuevos bienes a su patrimonio, de modo que la que se realizara no fuese completa y exigiera operaciones complementarias adicionales, que entrañaran una complejidad indeseable y decidieran al testador a encomendar la facultad de hacer la partición completa a un contador.

En relación con este tema, además, no puede obviarse que ha resultado problemático determinar si tiene validez como partición hecha por el propio testador (artículo 1056 CC) la adjudicación de algunos de sus bienes a sus herederos, sin llegar a hacerlo con todos los que integran su patrimonio. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de febrero de 1988 (*RJ* 1988\1987) la admitió, aunque faltaban dos o tres bienes (uno por error y otro por tratarse de una adquisición posterior al otorgamiento del testamento), siendo la *ratio decidendi* que los bienes omitidos representaban una mínima parte de la totalidad de la herencia. Sin embargo, en otras Sentencias como las de 8 de marzo de 1989 (*RJ* 1989\2023) y 24 de enero de 2003 (*RJ* 2003\1995), el Alto Tribunal ha considerado que la adjudicación de parte de los bienes, pero no todos, no ha de considerarse como partición realizada por el testador, pese a que del artículo 1079 CC parece deducirse la posibilidad genérica de realizar la partición parcial. A mi juicio, la diferencia de criterio mantenido en unos y otros casos bien pudiera fundarse, además de en el elemento cuantitativo ya mencionado, en el conocimiento o no por parte del testador de la existencia de otros bienes no adjudicados, pudiendo mantenerse su partición, con los efectos que le son propios, y aplicando el artículo 1079 CC para completarla, en los supuestos en que haya adquisiciones posteriores al otorgamiento del testamento, pero el testador hubiera adjudicado todos los que, a su entender, integraban todo su patrimonio en ese momento. No obstante, debe reconocerse que la cuestión dista mucho de ser pacífica.

99. Sobre la diferencia entre partición realizada por el testador y la inclusión en el testamento de normas o disposiciones particionales con designación de un contador-partidor, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6395).

100. Es habitual que la disposición testamentaria haga referencia en estos casos al nombramiento de una persona como contador-partidor «con las más amplias facultades», cláusula de estilo que comúnmente se entiende comprende la de pago en metálico de legítimas.

Decidido el testador, previo asesoramiento jurídico, con frecuencia notarial, al nombramiento de contador-partidor con las más amplias facultades, habitualmente surgirá la cuestión de si puede ser designado como tal el cónyuge viudo, pues existiendo armonía conyugal¹⁰¹ difícilmente podrá ser superior la confianza depositada en la correcta actuación de alguien distinto.

Tradicionalmente viene resolviéndose esa duda en sentido negativo, en la medida en que sea aplicable el Código Civil —artículo 1057.1.º—, por cuanto una interpretación extensiva de dicho precepto incluye al cónyuge viudo comúnmente en la referencia que aquél efectúa a los coherederos y aprecia la concurrencia en él de un interés personal en el resultado de la partición¹⁰², incompatible con la imparcialidad y objetividad exigible al contador¹⁰³. A mi modo de ver, no plantea problemas la inadmisibilidad del nombramiento del viudo como contador-partidor cuando concurren a la herencia hijos de éste y el causante e hijos del testador nacidos de un matrimonio anterior o una relación no matrimonial, pues en tal caso la condición de heredero o no del contador pasa a un segundo plano ante la duda razonable sobre la falta de objetividad que podría guiar su actuación en la partición. Tampoco es dudoso que, habiendo hecho uso el testador, en su alcance más amplio, de la facultad a que se refiere el artículo 831 CC, el viudo tendrá poderes particionales, pero no ha de olvidarse que el precepto citado exige como presupuesto para su eficacia que el ejercicio de los mismos, igual que el resto de los conferidos, se desarrolle en relación con hijos o descendientes comunes.

Lo conflictivo es concluir si el testador puede atribuir al viudo, existiendo sólo hijos o descendientes comunes, la exclusiva facultad de realizar la partición, sin la amplitud de poderes que contempla el artículo 831 CC, es decir, nombrarle contador-partidor con las atribuciones propias de este cargo, y si la negativa tradicional de la doctrina y jurisprudencia a admitir tal posibilidad está en todos los casos fundamentada o puede presentar alguna fisura argumental. En primer término, parece que ha de descartarse la existencia del conflicto de intereses que generalmente se ha tomado como sustrato de esa opinión contraria a permitir que el cónyuge supérstite realice la partición cuando es éste titular de un usufructo sobre la totalidad de la herencia (precisamente el artículo 284 de la nueva Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia establece esa conexión con el usufructo universal de viudedad). Cierto es que, en principio, tal figura no se admite en el Código Civil español, pero también lo es que los tribunales no ponen obstáculos a su funcionamiento por la vía indirecta del artículo 820.3.º CC, si los herederos forzosos escogen el cumplimiento de la disposición testamentaria en sus propios términos, en vez de tomar como libres los bienes que por legítima estricta les correspondan. Así pues, no parece exista obstáculo alguno en

101. Cuestión muy diferente será que el testador esté separado o divorciado y el motivo central de su ordenación testamentaria sea, precisamente, intentar limitar las facultades de actuación del padre o la madre de sus hijos menores, único titular, tras su fallecimiento, de la patria potestad sobre ellos, en relación con el patrimonio que les transmita.

102. Muy diferente tratamiento de esta cuestión se aprecia en el Derecho civil de algunas Comunidades Autónomas, como el balear o el gallego, en los que es posible el nombramiento como contador-partidor del cónyuge viudo (artículo 18 de la Ley 8/1990, de 28 de junio y artículo 284 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, respectivamente, en este último caso ligado al usufructo universal).

103. Pone de relieve CARBALLO FIDALGO (*Las facultades del contador-partidor testamentario*, Madrid, Civitas, 1999, p. 115) que las dudas que la determinación del título sucesorio del cónyuge viudo ha suscitado en la doctrina y la jurisprudencia, partiendo del *nomen* de heredero forzoso que le atribuye el artículo 807 CC parecen haber dado paso en los últimos años a una mayoritaria consideración del mismo como sucesor *ex lege* a título singular, lo que no obsta para afirmar que sigue teniendo interés en el resultado de la partición, dado que ésta incide en la determinación de los bienes que tenga que usufructuar.

tales supuestos a que el cónyuge viudo forme los lotes de los diferentes coherederos, función de partir que en modo alguno puede afectar a sus intereses como usufructuario.

Incluso fuera del supuesto en que el viudo resulte ser usufructuario universal de la herencia, una interpretación sistemática del Código Civil y la aplicación de la regla lógica *ad maiorem, ad minus* conducen, a mi juicio, a analizar los artículos 831 y 1057.1.º en el sentido de que pueden atribuirse al viudo facultades estrictamente particionales en relación con las cuotas hereditarias fijadas por el causante cuando existan únicamente hijos o descendientes comunes. No faltan siquiera autores, como ALBALADEJO GARCÍA¹⁰⁴, que concluyen así entendiendo que no se trata más que de una aplicación literal del artículo 1057.1.º, pues el viudo no es «coheredero», sino legatario de parte alícuota¹⁰⁵.

III.4. El descendiente menor de edad como beneficiario de legados. Especial consideración de los legados de alimentos

Sin perjuicio de que el causante pueda optar por realizar en favor del menor atribuciones patrimoniales no dinerarias o instituya en su favor un legado de dinero en cantidad suficiente para que el principal y los intereses le permitan desarrollar una vida digna, no es infrecuente que el testamento que sirve de instrumento de tutela jurídica de un descendiente menor de edad contenga un legado de alimentos o de pensión «a título de alimentos», que grave a uno de los herederos o legatarios (habitualmente uno o varios hermanos mayores). Dos son, pues, las fórmulas testamentarias utilizadas para dar forma a estos legados: el testador no señala cantidad alguna que lo cubra, pero una cláusula hace referencia, por su contenido, si no *expressis verbis*, a lo que puede calificarse como ordenación de un legado de alimentos, en cuyo caso la cuantía exacta se fijará atendiendo a las circunstancias concurrentes en el legatario y al importe de la herencia (artículo 879 CC)¹⁰⁶, a no ser que el testador ya le abonara en vida una determinada cantidad¹⁰⁷, o bien se lega expresamente una cantidad de dinero periódica indicando que su fin es la satisfacción de alimentos del menor¹⁰⁸. Si la primera expresión no genera comúnmente más dudas en cuanto a la extinción (artículo 152.3.º CC) que las ínsitas a la aportación o no de la prueba completa de la falta de necesidad del legatario (ligada en estos casos a la obtención de un grado de autonomía económica que le

104. *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)*, Madrid, Tecnos, 1969, p. 346.

105. Obsérvese que el cónyuge viudo no está contemplado en el artículo 782 LEC como legitimado activamente para instar la partición judicial, salvo que se considere incluido, lo que no es común en la doctrina, en la referencia al legatario de parte alícuota.

106. Deberán comprenderse en el legado de alimentos todos los gastos de sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, siendo el caso de un legatario menor de edad, como recuerda OSORIO SERRANO («Comentario al artículo 879», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, p. 2145).

107. Destacan GARCÍA VILA y GÓMEZ MARTÍNEZ (*Instituciones de Derecho Privado*, cit., coord., por DELGADO DE MIGUEL, tomo V, «Sucesiones», vol. 1.º, pp. 532 y 533) que el legado de alimentos presenta una gran importancia práctica, «porque es el medio del que se vale el testador para que se siga produciendo el cuidado de una persona especialmente necesitada, por edad o por discapacidad» y subrayan la nota de personalidad en la prestación de alimentos y cuidados por parte del alimentista que generalmente quieren los testadores y conviene dejar en evidencia en la redacción de sus últimas voluntades.

108. En ocasiones puede entenderse, asimismo, que se ha ordenado un legado de alimentos cuando el testador, sin mención expresa de tal denominación técnica ni utilización siquiera de la palabra «alimentos», impone a un heredero o legatario el deber de mantener a una determinada persona o cubrir sus necesidades durante toda su vida, pero en tal caso, como después se expondrá, podría tratarse también de una carga modal.

permita vivir de sus propios ingresos)¹⁰⁹, la segunda plantea la duda de si el legatario conserva su derecho a percibir la pensión periódica en caso de no necesitarla para subsistir. La doctrina generalmente entiende¹¹⁰ que este legado de pensión «a título de alimentos» se rige por el artículo 880 CC y que el legatario puede exigir la cantidad prefijada aunque no la necesite para subsistir¹¹¹.

Por otra parte, si bien no existe duda alguna acerca de la posibilidad de cubrir la legítima con atribuciones patrimoniales a título de herencia o de legado, sentido en el cual, como es sabido, se ha criticado la utilización de la expresión «herederos forzosos» en el artículo 807 CC, ha de tenerse en cuenta que, en ocasiones, el testador puede señalar un contenido inadecuado para satisfacer la legítima, lo que sería fundamento de las correspondientes acciones impugnatorias del legitimario. Ello ocurre, en particular, sin entrar aquí en el análisis de otros supuestos¹¹², cuando el testador atribuye exclusivamente a un legitimario derechos de uso y habitación o un legado de alimentos o de renta periódica¹¹³, que, sin perjuicio de su evidente valor patrimonial, lo que tendrá consecuencias jurídicas a otros efectos, no son aptos, en principio, salvo, quizás, aceptación expresa del legitimario, para abonarle sus derechos como tal, en aplicación del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima consagrado en el artículo 813.2.º CC¹¹⁴.

En todo caso, la afirmación que precede nos conduce, ineludiblemente, a plantearnos la inclusión testamentaria en estos casos de una cautela de opción compensatoria de la legítima (una de las cuales, sin duda la más típica, recoge el artículo 820.3.º CC), caracterizada genéricamente, según expresión de VALLET¹¹⁵, porque el testador ofrece un *quantum* mayor a cambio de una merma en el *quale* de la legítima. Es decir, se trataría de valorar la validez de una cláusula que ofreciera al legitimario la posibilidad de elegir entre la atribución de

109. En efecto, como pone de manifiesto ALBALADEJO GARCÍA («Comentario a los artículos 879 y 880», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, que él mismo dirige, tomo XII, vol. I, Madrid, EDESA, 1981, p. 265) la tesis mayoritaria en la doctrina es que cuando el testador no fija la cuantía de los alimentos, sino que simplemente lega derecho a recibirlos, el legatario ha de tener necesidad de los mismos para poder exigirlos. Sin embargo, más matizadamente, SERRANO GARCÍA (*Los legados de educación y de alimentos en el Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 62 y 63) subraya que, en su opinión, en el legado de alimentos estamos ante unos alimentos voluntarios, no legales, que presuponen una relativa necesidad en el legatario, pero son configurados libremente por el testador, de modo que, en lo atinente a su extinción, el legatario podrá exigirlos mientras persista la situación de relativa necesidad tomada en consideración por el testador, aunque no se encuentre en un estado de necesidad absoluta, que es el tenido en cuenta por el legislador en los artículos 142 y siguientes CC.

110. Puede verse, por ejemplo, la opinión de CALVO ANTÓN en «La voluntad del testador en el legado de prestaciones periódicas», *Act. Civ.*, 1990-2, p. 275.

111. *Id.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 28 de febrero de 2003 (*JUR* 2003\117201), que señala, además, que se trata de una deuda de valor, por lo que ha de ser actualizada, como solicitaba el demandante, teniendo en cuenta las variaciones que experimente el IPC.

112. VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama del Derecho de sucesiones*, I, *cit.*, pp. 636 y 637) contempla como tales la atribución al legitimario de una cosa perteneciente al heredero o a un extraño (legado de cosa ajena), de derechos creados por el propio testador sobre la herencia o bienes de ésta y de dinero extrahereditario fuera de los supuestos en que el Código Civil expresamente lo autoriza. Recoge, además, en apoyo de esta posición, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1963, que determinó que no era adecuado para satisfacer la legítima el derecho de usufructo asignado por el causante sobre bienes de su exclusiva propiedad, dado que la legítima es de orden público, viene impuesta por la ley y no puede hacerse recaer sobre ella gravamen ni limitación alguna.

113. Este tipo de atribuciones también entiende VALLET (*op. cit.*, p. 637), por identidad de *ratio* con las mencionadas antes, que no son contenido adecuado para satisfacer la legítima.

114. En sentido inverso, la legítima de otro de los descendientes no puede tampoco gravarse para beneficiar al menor de edad y reforzar su protección, salvo que se trate de un incapacitado judicialmente (artículo 808.3.º, tras la reforma operada en virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre).

115. *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, Montecorvo, 1989, p. 372.

derechos en principio no aptos para pagar su legítima (como el legado de alimentos) cuyo valor económico supere la legítima estricta o recibir únicamente ésta pero en bienes de la herencia cuya entrega efectiva se realice al tiempo de la partición. Tales cautelas, dada la inexistencia de imposición y el reconocimiento de una facultad de elección del legitimario (o, en su caso, sus representantes legales), son comúnmente admitidas por los tribunales, sin perjuicio de la opinión contraria de un sector de la doctrina¹¹⁶.

Ulterior cuestión será si la necesaria aceptación expresa del gravamen¹¹⁷ requerirá previa autorización judicial de tal decisión del tutor o del padre o madre titular de la patria potestad, lo que a mi juicio debe resolverse en sentido afirmativo, pues de una renuncia de derechos se trata (artículos 166.1.º y 271.3.º CC), imprescindible, por otra parte, ya que, de otro modo, el legitimario tendría derecho a reclamar contra la imposición de ese concreto contenido de su legítima¹¹⁸.

A) Imputación de legados hechos a legitimarios menores de edad

Apuntadas, siquiera brevemente, las peculiaridades de ciertas clases de legados, que no son aptas desde el punto de vista cualitativo para satisfacer la legítima, aunque sean contenido habitual de disposiciones testamentarias en favor de descendientes del testador menores de edad, la ordenación en testamento de un legado en favor de un legitimario exige plantearse a qué porción hereditaria ha de imputarse aquél, cuestión en modo alguno pacífica en la doctrina cuando el legitimario no ha sido instituido heredero, sino que sólo ha sido tomado en consideración en el testamento para hacerle beneficiario de la atribución a título singular.

En efecto, aplicando al caso que nos ocupa las palabras de VALLET¹¹⁹, si el hijo menor de edad hubiera sido instituido heredero y además se establece en su favor un legado, está claro que lo recibirá como un *plus* de su cuota en la herencia y si ésta es imputada a la legítima y la cubre totalmente, percibirá el legado además de aquélla. Las dudas se plantean cuando al hijo se le hace un legado sin instituirle heredero e instituyendo a otros, supuesto en que se ha defendido que el legado se imputa en primer lugar a la legítima estricta y en lo que exceda de ella, por aplicación del artículo 828 CC, al tercio de libre disposición, a no ser que

116. Una formulación legal de estas cautelas recoge el Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), al indicar, en su artículo 360, que «El causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, plazos, modos, usufructos, fideicomiso ni otras limitaciones o cargas; si los impusiere, se tendrán por no formulados. No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta con la prevención expresa de que, si el legitimario no acepta dichas limitaciones o cargas, su derecho se reducirá estrictamente a la legítima, facultará a éste para optar entre aceptar la citada disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya solamente la legítima, libre de éstas».

Más en concreto, sobre la satisfacción de la legítima con legados dispone el artículo 358, en su párrafo 2.º, del mismo texto legal, que «el legado dispuesto en concepto de legítima o imputable a ella que no sea legado simple de legítima puede consistir en una suma en metálico, aunque no la haya en la herencia, o en bienes de exclusiva, plena y libre propiedad del causante, salvo que no los haya en aquélla, sin contar a este solo objeto los bienes muebles de uso doméstico. Si los bienes no tienen aquella condición, el legitimario puede optar entre aceptar simplemente el legado o renunciarlo y exigir lo que por legítima le corresponda».

117. Parece que la aceptación pura y simple de la herencia no implica la del gravamen que en principio no es válido, por aplicación del artículo 813.2.º CC (VALLET: *Estudios de Derecho sucesorio*, cit., p. 466), por lo que en tal caso el legitimario aún estaría en condiciones de impugnar la atribución que de su legítima se hizo en el testamento.

118. Consideramos, pues, que la norma sobre renuncia de derechos es de aplicación preferente al caso respecto a la relativa a la aceptación de la herencia o el legado a que ha sido llamado el menor por parte de sus representantes legales.

119. *Estudios de Derecho sucesorio*, cit., p. 249.

el testador lo considere expresamente mejora¹²⁰. En opinión de LLEDÓ YAGÜE¹²¹, si el legado hecho al legitimario constituyera mejora expresa se imputaría primero a este tercio, luego al de legítima estricta y finalmente al de libre disposición¹²².

De todos modos, la cuestión que planteamos no es susceptible de desvinculación de la interpretación de la voluntad del testador, de modo que los criterios expuestos han de tenerse como subsidiarios en caso de que aquélla no se hubiese manifestado, enfoque que, con apoyo en el Código de Sucesiones de Cataluña, que refleja esta idea perfectamente, ha acogido el Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma en Sentencia de 3 de noviembre de 1995¹²³. Así, en esta resolución judicial se llega a la conclusión, tras la correspondiente exégesis del contenido del testamento, de que el testador quiso beneficiar a uno de sus hijos con un legado de alimentos, además de hacerle perceptor de la cuota que le correspondiera en concepto de legítima estricta¹²⁴. Obsérvese, por otra parte, el enlace que en esta resolución judicial se plasma, al tratarse el discutido de un legado de alimentos, entre la cuestión de la imputación del mismo al tercio de legítima o no y la antes estudiada sobre la pertinencia de satisfacer la legítima con este contenido, que puede sintetizarse en la última frase del Fundamento de Derecho Cuarto de dicha sentencia que concluye que «el legado que tiene por objeto unas prestaciones periódicas, como, por definición, lo es el legado de alimentos o de mantenimiento, no es apto para cumplir con los deberes legitimarios que impone la ley y, desde esta perspectiva, un legado de esta naturaleza no es imputable a la legítima».

B) Legado de alimentos versus institución de heredero o legatario con la carga modal de la atención al menor de edad

Hemos examinado ya que, al margen de lo que le corresponda en concepto de legítima estricta, el testador puede realizar a favor del menor una atribución patrimonial *mortis causa* consistente en un legado de alimentos, de educación o de renta vitalicia. Conceptualmente este tipo de legados puede distinguirse de la imposición en la institución de heredero o la ordenación de un legado de la carga modal consistente en prestar atención económica y, en su caso, afectiva, al menor de edad, especialmente en los casos en que quede sometido a tutela y, por tanto, desprovisto de la protección de sus progenitores. En definitiva, la adquisición del heredero o legatario queda afectada, en estos casos, por un gravamen (*modus*) consistente en la realización de una prestación alimenticia o pecuniaria de naturaleza periódica en favor de un tercero, el menor beneficiario de la carga.

120. Ésta es la opinión del propio VALLET (*op. cit.*, p. 250), que suscribe también LLEDÓ YAGÜE (*Compendio de Derecho civil. Derecho de sucesiones, cit.*, p. 521).

121. *Op. cit. ibidem*.

122. Sobre la imputación de los legados hechos a legitimarios a la legítima, si el testador no hubiera dispuesto otra cosa, puede verse el artículo 358 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones de Cataluña.

123. *RJ* 1995/9975.

124. El testador legaba el usufructo sobre todos sus bienes a su esposa, legaba a dos de sus hijos, «en pago de sus derechos legitimarios, la cantidad que por este concepto les correspondiese» e instituía heredera a la hija restante, gravándola con lo que se consideró un legado de alimentos a favor de uno de los hijos antes mencionados. Considera el TSJC que la voluntad del testador era que su hijo recibiese el legado extra parte, es decir, además de su legítima, lo que se deduce de la ordenación en cláusulas diferentes del testamento del legado a favor de los hijos no instituidos herederos, en pago de su legítima, y del legado de alimentos, y además de la naturaleza misma de este tipo de legado, «pues es racional presumir que el testador lo ordenó en atención a las circunstancias personales que concurrían en su hijo, que hacían necesaria esta prevención, puesto que la cuota de la legítima que por ley le correspondía, de acuerdo con su patrimonio, no era suficiente».

Siendo, sin duda, en principio y en el plano puramente teórico figuras jurídicas tan distintas la carga modal y el legado que, en opinión de algún prestigioso autor, no están necesitadas de deslinde, puesto que están situadas en planos diferentes¹²⁵, parece oportuno, sin embargo, reflexionar sobre la posición jurídica del menor beneficiario en uno y otro caso, pues, como subraya LÓPEZ VILAS¹²⁶, la distinción entre disposiciones testamentarias modales y legado no resulta tan clara cuando, como en el caso que nos ocupa, el modo se constituye a favor de un tercero¹²⁷. En este sentido, la doctrina se muestra hoy unánime al rechazar la posición jurisprudencial expresada en sentencias del Tribunal Supremo como la de 4 de junio de 1965 y recogida de nuevo, más recientemente, en la de 28 de mayo de 1994¹²⁸, según la cual «la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado»¹²⁹. Como resalta, entre otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ¹³⁰, además de los encargados específicamente por el testador de ello y los llamados a velar por el cumplimiento de su voluntad (albaceas, herederos), hoy es comúnmente admitido que están legitimados para exigir el cumplimiento del modo los favorecidos por él, sin olvidar a los que se beneficiarían de su incumplimiento¹³¹.

En definitiva, sea legatario, sea beneficiario de la carga modal, el menor (en su nombre, sus representantes legales) puede reclamar el cumplimiento de la voluntad del causante al heredero o legatario gravado, sin que su posición jurídica sea más débil en caso de haberse optado por el modo. Sin embargo, quizá la principal diferencia radique en el alcance de la responsabilidad del heredero o legatario gravados por el legado o la carga modal¹³².

En efecto, aun siendo discutida la cuestión de si la carga modal sólo ha de cumplirse si los bienes objeto de la liberalidad son suficientes, parece que entre la doctrina tiene sólido asiento dicha tesis, por lo que, si nos sumáramos a tal interpretación, deberíamos entender que existiendo una institución *sub modo*, el derecho del menor favorecido sólo alcanzaría a los bienes recibidos por el gravado¹³³, mientras que si se pudiera calificar de verdadero legado, el heredero que aceptó la herencia de forma pura y simple debe responder de su cumplimiento tanto con los bienes hereditarios como con los suyos propios, como se deduce del artículo

125. Así lo entiende VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama del Derecho de sucesiones*, cit., p. 408), que tacha de conceptualistas a los que se empeñan en clarificar la distinción entre estas dos figuras.

126. «Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento», *ADC*, julio-septiembre 1966, p. 597.

127. Carecemos en el Código Civil de un criterio legal interpretativo que nos lleve a inclinarnos, ante la duda, por la existencia de institución modal o legado, a diferencia de lo que ocurre con el propio modo y la condición, supuesto en que el artículo 797 CC expresa la preferencia por tomar la disposición testamentaria como carga modal.

128. *RJ* 1965\3437 y *RJ* 1994\6723.

129. En sentido similar, STS de 21 de enero de 2003 (*RJ* 2003\604).

130. *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, 2.ª ed., 1999, p. 132.

131. En este sentido ha expresado VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama del Derecho de sucesiones*, cit., p. 409) que «privar de derecho al beneficiado por el modo meramente por una razón conceptual es una regresión histórica de más de mil setecientos años».

132. Si el testador se limita a ordenar el legado sin determinar sobre quién ha de recaer el gravamen, éste afectará a todos los herederos, que quedarán obligados al cumplimiento del legado mancomunadamente en la misma proporción en que lo sean (ello no es sino aplicación del párrafo 2.º del artículo 859 CC).

133. TORRALBA SORIANO: «Comentario al artículo 798», en *Comentario del Código Civil*, cit., p. 1951.

1003 CC, sin que, como destaca ALBALADEJO, le alcance la especial protección del artículo 152.2.º CC, pues se trata de una carga de la herencia¹³⁴. Desde luego, la aceptación a beneficio de inventario (artículo 1023.1.º CC) coloca en todo caso al heredero gravado por el legado en la misma posición que al que fue instituido con carga, limitación de responsabilidad también existente, en los términos derivados del artículo 858.2.º CC, en el caso del sublegado respecto del legatario gravado¹³⁵. De todas maneras, como antes apuntábamos, la configuración de la responsabilidad del heredero gravado por una carga modal que ha aceptado la herencia de forma pura y simple no es unívoca en nuestra doctrina, a falta de pauta legal al respecto, y no faltan relevantes civilistas, como DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS¹³⁶ que consideran aplicable también a ese caso el principio de responsabilidad *ultra vires* del heredero, que habrá de cumplir el modo impuesto por el testador no sólo con los bienes heredados, sino incluso con los suyos propios, tesis que de nuevo hace diluirse la diferencia, a efectos prácticos, de convertir al menor en beneficiario de un legado o de una carga modal.

Desde otra perspectiva, no se olvide que, en los casos en que sea aplicable el artículo 887 CC, esto es, no sólo cuando se acepta la herencia a beneficio de inventario sino también cuando se hace de forma pura y simple y no alcanzan los bienes propios del heredero y cuando toda la herencia se divide en legados (artículo 891 CC) y el valor de los mismos sobrepasa el haber líquido de aquélla, el orden de preferencia en el pago que consagra puede determinar la inoperancia de algunos de los legados establecidos en el testamento, por lo que sería deseable, para intentar salvarlos, que el testador hubiera declarado expresamente preferentes los instituidos a favor de menores descendientes al otorgar sus últimas voluntades, a los efectos del apartado 3.º del citado precepto¹³⁷.

Desde otra perspectiva, tanto el legatario (artículos 88 y siguientes LH, en lo relativo a que nos ocupa) como el beneficiario del modo pueden hacer acceder su derecho al Registro de la Propiedad, con el fortalecimiento de su posición jurídica que ello implica, si bien el específico mecanismo de anotación preventiva convertible en inscripción de hipoteca de que dispone el legatario parece una garantía registral de superior condición.

En definitiva, si puede entenderse que no es idéntica la posición jurídica del legatario y el favorecido por el modo, deviene fundamental la correcta calificación de la figura que en el testamento se haya ordenado, lo que nos reconduce, como pone de manifiesto LÓPEZ FRÍAS¹³⁸, a la interpretación de la voluntad del testador en los casos en que ello no se deduzca directamente de lo estatuido, que es lo que debe intentar evitar un testamento cuidado-

134. «Comentario a los artículos 879 y 880», en ALBALADEJO GARCÍA (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XII vol. 1, p. 272.

135. Indudablemente, las referencias realizadas a la responsabilidad del heredero gravado por un legado están contemplando el supuesto de un heredero voluntario, pues en el caso de los legitimarios el sistema de protección de sus derechos funcionará sobre la base de la reducción de los legados que los afecten.

136. *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, Tecnos, 9.ª ed., 2004, p. 370.

137. Si los legatarios concurren con legitimarios y se vulneran las legítimas, los legados se reducirán según las reglas del artículo 820 CC, es decir, todos a prorrata, salvo disposición en contrario del testador, de gran interés en el caso que analizamos, si desea dar preferencia sobre otros legados al que beneficia a descendientes menores de edad (nietos, por ejemplo).

138. *Op. cit.*, p. 106.

samente redactado¹³⁹. De todos modos, aun siendo en muchos extremos imprescindible la adecuada delimitación de ambas figuras, se ha apuntado doctrinal¹⁴⁰ y jurisprudencialmente¹⁴¹ la oportunidad de la aplicación analógica de algunas normas relativas a los legados a estas instituciones *sub modo* que implican un beneficio patrimonial para terceros, lo que en el supuesto que es objeto de nuestro interés significa, principalmente, la del artículo 879 CC, en lo atinente a la concreción de la cuantía de la prestación. En realidad, sin embargo, a mi juicio, cuando la carga modal consiste en proporcionar alimentos a un tercero beneficiario, más que aplicar normas referentes a los legados se hará lo propio con las que regulan la obligación alimenticia entre parientes en los artículos 142 y siguientes CC.

139. No se olvide tampoco la clásica dificultad de distinción, ya antes apuntada, entre el modo testamentario y la condición, que de la misma manera que en el caso de diferenciación entre carga modal y legado conduce en muchos casos al complejo proceso de interpretación de la voluntad del causante para poder concluir qué se quiso realmente. En este sentido, califica de condición, sin duda debido a la utilización literal de este término en el testamento, la Audiencia Provincial de Baleares, en Sentencia de 17 de julio de 2000 (*JUR* 2000\272434), una disposición en que el testador mejoraba a uno de sus hijos «con la condición de que deberá cuidar, mantener, vestir y asistir a su hermano Vicente, tanto en estado de salud como en el de enfermedad». Se disponía expresamente que el incumplimiento dejaría al hijo estrictamente legitimario y la mejora, con la obligación correlativa, pasaría a otra hija. El conflicto jurídico se plantea cuando, años después de la aceptación de la herencia y, específicamente, del gravamen sobre la legítima a cambio de percibir un *quantum* mayor que la estricta, se discute si el hijo gravado ha cumplido con lo impuesto por el testador, lo que estima el tribunal porque pactó con una de sus hermanas que ésta se ocuparía directamente del beneficiario de la disposición y él aportaría los medios económicos, aparte de visitarle cuando creyera conveniente, sin que le fuese exigible a aquél convivir con éste.

140. En este sentido se ha pronunciado LÓPEZ VILAS, tras analizar los criterios distintivos y la quiebra de su validez (*loc. cit.*, p. 597).

141. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1971 (*RJ* 1971\3158), que desestima el recurso de casación contra una sentencia que reconocía el derecho del beneficiario de la carga testamentaria modal de exigir el cumplimiento de la misma, condenando al heredero al pago de una pensión mensual vitalicia, como único modo de conseguir la eficacia de aquélla, dadas las pésimas relaciones personales existentes entre ambas partes, incompatibles con la convivencia. Como puede comprobarse en esta sentencia, el Supremo acepta aquí que el beneficiario del modo está legitimado para exigir su cumplimiento, aunque según aclara la doctrina, no como titular de un derecho subjetivo, lo que lo distingue del legatario.

EL DEBER DE ALIMENTOS COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES ECONÓMICAS ENTRE LOS CONVIVIENTES

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ

Becario de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia

RESUMEN

La figura de las uniones de hecho constituye una realidad de carácter creciente en toda la geografía española. Tanto durante la vigencia de la relación de pareja como tras la ruptura puede plantearse la reclamación de alimentos entre los convivientes. Se trata de una materia sobre la que la legislación estatal guarda silencio, si bien ciertas Comunidades Autónomas en sus respectivas leyes de pareja reconocen la obligación de alimentos constante la unión, aunque en Cataluña en el caso de las parejas homosexuales también tras la ruptura *mortis causa*. En cualquier caso, los convivientes pueden alcanzar acuerdos de contenido alimenticio cumpliendo, para ello, ciertos presupuestos.

ABSTRACT

THE OBLIGATION OF FOODS AS A CRITERION OF RESOLUTION OF THE ECONOMIC RECLAMATIONS BETWEEN THE PERSONS LIVING TOGETHER

The figure of the unions in fact constitutes a reality of growing character in the whole Spanish geography. So much during the validity of couple's relationship as after the rupture can be outlined the reclamation of foods between the persons living together. It is a matter on which the state legislation say nothing, although certain Autonomous Communities in their respective couple laws recognize the obligation of foods while the union is in force, although in Catalonia in the case of the homosexual couples also after the mortis cause rupture. Anyway, the persons living together can reach agreements of nourishing content complying, for it, certain conditions.

Sumario

I. CONSIDERACIONES GENERALES

II. EL DEBER DE ALIMENTOS

III. PANORAMA ESTATAL

IV. PANORAMA AUTONÓMICO

V. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ENTRE CONVIVIENTES EN MATERIA DE ALIMENTOS

V.1. Límites extrínsecos

V.2. Límites intrínsecos

V.3. Momento en el que se podrá pactar

V.4. Forma y eficacia

V.5. Contenido

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Cuando acontece la ruptura de la pareja no casada, el conviviente más perjudicado suele acudir a los tribunales, en busca de una solución jurídica que acceda a sus pretensiones pecuniarias¹. La reclamación de pensiones y compensaciones entre los convivientes ha sido un tema clave² que, sin duda, ha generado y seguirá generando numerosa Jurisprudencia³.

Lo que más llama la atención son dos cuestiones, siendo una consecuencia de la otra. La más significativa es la falta de regulación que en esta materia existe a nivel estatal⁴ (el

1. La solución a las diversas cuestiones que se suscitan en materia de uniones de hecho, y en especial las de índole económica, por vía únicamente jurisprudencial, no sólo ha tenido detractores, sino también defensores, pues como pone de relieve AGÜERO DE JUAN, A., «El fenómeno social y jurídico de las uniones de hecho» en *Parejas de hecho, Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*, HERRERA CAMPOS, R., (dir.), Granada, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, p. 26, estos últimos consideran que la reglamentación jurisprudencial vendría a salvar el peligro que representa la legislación de la unión libre, que crearía un matrimonio de segunda zona con graves repercusiones sociales, familiares y jurídicas.

2. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *Problemática Jurídica en torno a las uniones de hecho*, Asociación de Profesores Jubilados de Escuelas Universitarias, 1995, p. 9; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La aplicación de las leyes de Parejas no casadas por parte de los tribunales», *RDJ*, septiembre-octubre, 2004, p. 567.

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

4. GARCÍA MÁS, F.J., «Las uniones de hecho: su problemática jurídica», *RCDI*, núm. 648, 1998, p. 1520; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002, p. 248.

legislador autonómico⁵ ha tratado de dar solución a este punto, bien reconociéndolo de manera expresa a nivel legal, o bien instando a que los particulares en base a la autonomía de la voluntad pacten sobre las mismas⁶), que genera importantes problemas en cuanto a las figuras jurídicas en torno a las cuales han tratado de fundamentarse tales reclamaciones.

No obstante, los problemas no acaban aquí, ya que aunque situaciones muy parecidas han llegado a los tribunales alegando fundamentos jurídicos muy similares, los fallos judiciales han sido absolutamente diversos u opuestos.

Lo único que se ha conseguido generar con esta actitud de los tribunales es una importante inseguridad jurídica⁷, que no tiene vistas a desaparecer en esta materia, sino todo lo contrario.

Las figuras jurídicas que se han utilizado, son muy diversas, así como el resultado de las demandas basadas en las mismas. Los instrumentos jurídicos que más éxito han tenido han sido el principio general⁸ de evitación del enriquecimiento injusto⁹, la aplicación analógica

5. En este sentido se han aprobado la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja (LUEP), Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables No Casadas (LPENC), Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables (LFIJPE), Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho (LUH), Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (LPE), Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (LUHM), Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (LAPE), Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (LPH), Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (LPHC), Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (LPHE), Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho (LRPH), y Ley 1/2005, de 16 de mayo, reguladora de las parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (LRPHC).

6. BUSTOS GÓMEZ-RICO, M., «Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros» en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, O'CALLAGHAN, MUÑOZ, X., (dir.), *CGPJ*, 1998, pp. 482 y 483.

7. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas» en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., (coord.), Tomo I, 1.ª ed., Colegio de Registradores, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 223, y en «La aplicación de las leyes de pareja...», cit., p. 528; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho», *RDP*, núm. 3, marzo-abril 2006, p. 4.

8. Cabe indicar que no es del todo unánime la doctrina en lo que se refiere a entender el enriquecimiento injusto como un principio general del Derecho, pues en contra de considerar el enriquecimiento injusto como principio general del Derecho se pronuncian Díez-Picazo, L., y de la Cámara, M., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, p. 44; Albaladejo García, M., *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 12.ª ed., Madrid, Edisofer, 2004, p. 915. Otros autores consideran que el enriquecimiento injusto ha de entenderse exclusivamente como una regla moral complementaria de la técnica jurídica, y en este sentido se muestra Roca Sastre, R.M., y Puig Brutau, J., «El enriquecimiento sin causa» en *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, Tomo I, Madrid, 1948, pp. 485 y ss.; Capilla Roncero, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento injusto» en *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valpuesta Fernández, M.R., y Verdura Server, R., (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 293, considera que se trata de una doctrina legal mediante la cual, en determinados supuestos, se puede examinar si una atribución patrimonial o enriquecimiento obtenido a costa ajena tiene suficiente fundamentación desde el punto de vista jurídico.

9. Según reiterada Jurisprudencia (entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1992, RJ 1992/9733) para apreciar la existencia de enriquecimiento injusto es necesario que concorra una serie de presupuestos que de forma resumida podemos enunciar de la siguiente forma: a) Aumento del patrimonio del enriquecido, ya sea por ingreso en el patrimonio de algo que incremente su valor o por la liberación de una obligación o gravamen; b) Correlativo empobrecimiento del actor, que no necesariamente debe ser la salida de bienes del patrimonio, sino que basta con que se produzca una desventaja, como la pérdida de ingresos; c) La relación de causalidad entre el empobrecimiento de uno y el enriquecimiento de otro; d) La falta de causa, que impida al enriquecido alegar ninguna razón válida en derecho para eximirse de la restitución; e) La inexistencia de norma o precepto legal que excluya o impida la aplicación del principio. Sobre el enriquecimiento injusto o sin causa, puede verse Núñez Lagos, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, Reus, 1934, publicado años más tarde por el mismo autor, en *Código Civil*, Mucius Scaevola, Q., Tomo XXX, Vol. 2, Madrid, Reus, 1961, pp. 367 y ss.; Roca Sastre, R. M., y Puig Brutau, J., «El enriquecimiento sin causa...» cit., pp. 485 y ss.; Díez-Picazo, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», discurso leído el 14 de diciembre de 1987 en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987; Álvarez Caperochipi, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, Granada, Comares, 1989; Lacruz Berdejo, J.L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa» en *Estudios de Derecho Privado común y foral*, Tomo II, Rams Albesa, J., Corral Dueñas, F., y Lacruz Bescos, J.L., (dir.), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Bosch,

de la pensión compensatoria y el principio de protección al conviviente más perjudicado o más desfavorecido por la ruptura de la pareja¹⁰. El resto de figuras jurídicas esgrimidas como posibles fundamentos jurídicos¹¹ ha sido tenido en cuenta a la hora de plantear demandas, en las que se ha tratado de lograr una pensión o indemnización, aunque con un resultado desfavorable notablemente superior a las tres figuras anteriormente mencionadas¹². Uno de estos criterios es precisamente el deber de alimentos entre los que fueron integrantes de la pareja no casada, que en principio resulta inexistente salvo que los miembros de la unión de hecho pactasen a favor de su reconocimiento una vez rota la pareja. En el ámbito autonómico ciertas Comunidades Autónomas establecen el deber de alimentos entre los convivientes, aunque únicamente constante la unión, sin perjuicio de que algunas leyes de pareja tras la ruptura de la unión no matrimonial, han optado por reconocer a favor del conviviente más desfavorecido, que cumpla los exigentes presupuestos establecidos por las mismas, una pensión alimentaria periódica.

II. EL DEBER DE ALIMENTOS

El Código Civil regula las obligaciones de sustento entre los sujetos que forman parte de una familia. En relación a las personas que están unidas por matrimonio, cabe decir que constante el matrimonio no existe obligación legal alguna de alimentos, pues están incluidos en la obligación de ayuda y socorro mutuo que han de prestarse los cónyuges, que está presente en los artículos 67 y 68 CC. Teniendo en cuenta lo apuntado, resulta obvio decir que el deber de alimentos resulta una obligación más restringida que el de socorro mutuo.

El contenido del deber de alimentos viene delimitado por el artículo 142 CC¹³ y se refiere a lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, y bajo determinadas condiciones, educación y gastos de embarazo y parto. El deber de socorro mutuo es notablemente más amplio que el de alimentos, pues engloba en sí mismo todas estas prestaciones para interrelacionarse con los efectos personales del matrimonio.

1992, pp. 305 y ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Enriquecimiento injustificado (Derecho civil)» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, MONTOTOYA MELGAR, A., (dir.), Vol. 2, Madrid, Civitas, 1995, pp. 2804 y ss.

10. Tal principio general del Derecho resultó ser una creación de nuestro Tribunal Supremo que se estimó de aplicación en el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento en la STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998/1272). Se trata de un principio general que ha resultado invocado y aplicado en algunos casos, por parte de diversas resoluciones jurisprudenciales posteriores, no sólo a nivel de Juzgados y Audiencias, sino también por parte del Alto Tribunal.

11. Me estoy refiriendo a la aplicación analógica del artículo 1438 CC, el cumplimiento de una obligación natural, y la invocación del artículo 1902 CC.

12. En este sentido, se manifiesta recientemente el TS en el FJ 2.º de la Sentencia de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148).

13. Dispone el artículo 142 CC que «se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo». Como pone de relieve MERINO y HERNÁNDEZ, J.L., *Manual de las parejas estables no casadas*, Zaragoza, Librería General D.L., 1999, p. 108, conviene hacer notar que a la obligación de alimentos regulada en este precepto se le atribuye un significado que trasciende el estrictamente alimenticio en sentido vulgar, y que abarca las necesidades de cualquier persona.

Por lo que respecta a las personas que están obligadas a prestarse alimentos, el artículo 143 CC determina en primer lugar que los cónyuges están obligados recíprocamente a prestarse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente¹⁴.

En el caso del matrimonio la obligación de alimentos verdaderamente surge con la crisis de la pareja, en concreto con la separación de sus integrantes, hasta que se divorcien, pues cuando tenga lugar este último dejarán de ser cónyuges, por lo que entre sus miembros dejará de existir la obligación de prestarse alimentos¹⁵.

III. PANORAMA ESTATAL

Analizada la obligación de alimentos a grandes rasgos en el ámbito matrimonial, conviene tener presente que la situación en el ámbito de las uniones de hecho es radicalmente diversa, tanto que con base en la legislación estatal actual, no se puede hablar de obligación de alimentos entre los miembros de la pareja¹⁶. No obstante, como posteriormente veremos, se trata de una cuestión sobre la que los convivientes podrán pactar, por lo que será perfectamente válido y lícito que los integrantes de una unión de hecho hayan convenido a favor del más desfavorecido el reconocimiento a su favor de una pensión alimenticia.

Durante el desarrollo de la convivencia extramatrimonial la asistencia recíproca entre los convivientes se producirá de modo espontáneo. Si uno de los miembros de la pareja carece de ingresos o se encuentra en una situación de necesidad, lo normal y habitual será que el otro conviviente preste de modo espontáneo el auxilio que el otro precise, pues en caso de que no se satisfaga la ayuda requerida muy probablemente se rompa la pareja¹⁷. Tal y como se extrae de un detenido estudio jurisprudencial, la obligación de alimentos se reclama por parte de uno de los convivientes acontecida la ruptura de la pareja.

14. Teniendo en consideración el artículo 143 CC y siguiendo a MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «¿Están los convivientes de hecho...», cit., p. 347, podemos señalar que fuera de los vínculos de sangre, únicamente los que se basan en el matrimonio son susceptibles de generar un deber de alimentos, quedando al margen aquellos vínculos basados en una relación de convivencia. REAL PÉREZ, A., *Comentarios al Código Civil*, RAMS ALBESA, J. (coord.) y MORENO FLOREZ, R.M. (coord. adjunto), Tomo II, Vol. 2, Bosch, 2000, p. 1421, determina que «para que la deuda de alimentos nazca es requisito imprescindible que entre quien los reclama y quien debe prestarlos exista determinado vínculo familiar. El parentesco requerido entre acreedor y deudor de alimentos debe estar legalmente determinado con carácter previo. Si no es así, los alimentos no podrán ser exigidos; salvo en el supuesto previsto en el artículo 128.2 del CC: «reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado».

15. Sobre este extremo puede verse REAL PÉREZ, A., *Comentarios...*, cit., pp. 1424 a 1428.

16. REAL PÉREZ, A., *Comentarios...*, cit., p. 1429, señala que aunque no hay obligación legal de alimentos entre convivientes en el ámbito de aplicación del CC, «cuando ha habido una convivencia duradera de características similares a la matrimonial, se genera entre los compañeros de hecho obligación natural de atender recíprocamente a sus necesidades; las entregas hechas en este concepto por uno de los convivientes al otro obedecen a una justa causa *ex* artículo 1901 del CC, de tal modo que quien las pagó no podrá exigir al compañero de hecho la devolución de las mismas. La jurisprudencia extranjera y alguna patria ha entendido que existe obligación de prestación alimenticia entre parientes cercanos no incluidos en la enumeración legal de obligados al pago de alimentos, ¿cómo no entender que, cuando menos, existirá la misma obligación entre quienes se consideran y comportan como marido y mujer aunque no estén casados?».

17. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1995, p. 299; GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 204 a 206; LLEBARÍA SAMPER, S., «Perspectivas en Derecho civil catalán de las parejas de hecho» en *Parejas de hecho, Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*, HERRERA CAMPOS, R. (dir.), Granada, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, p. 192 y en *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, Cedecs, 1997, pp. 117 y 118; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?» en *Uniones de hecho: XI jornadas jurídicas*, MARTINELL, J. M., y ARECES PIÑOL, M.T., (eds.), Lleida, Ediciones de la universidad de Lleida, 1998, p. 348.

Como se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina¹⁸, de la relación que mantienen los integrantes de la pareja *more uxorio* se deriva un deber de asistencia y mutuo mantenimiento, que no es exigible legalmente, pero que su efecto espontáneo da lugar a la irrepitibilidad de las prestaciones realizadas. En este sentido, se puede afirmar que entre los integrantes de la pareja no casada existe una obligación natural de alimentos¹⁹. Al ser una obligación natural su cumplimiento no se puede exigir judicialmente. No obstante, las atribuciones (en las cuales debemos entender comprendidas tanto las que tienen como fin atender el sostenimiento de uno de los convivientes que carece de medios como el sostenimiento de los gastos del hogar) y los alimentos prestados espontáneamente por uno de los miembros de la pareja durante la convivencia, habrán de ser considerados deberes morales y no donaciones. Las consecuencias de conceptuar tales atenciones entre los convivientes de la unión como obligación natural son diversas. Así, un primer efecto es que las atribuciones efectuadas con el fin de sostener al otro conviviente son irrepetibles²⁰, es decir, no podrán ser reclamadas por quien las hizo ni por sus herederos, por lo cual el otro conviviente no tendrá que devolver lo recibido durante la convivencia, ni después de la ruptura de la relación (que no podemos olvidar se puede haber debido a su voluntad unilateral). Como segundo efecto, al no tratarse de obligaciones a título gratuito, no están sujetas a las normas de tales atribuciones, es decir, el cumplimiento voluntario de la obligación natural debe ser conceptuado de pago, y no de donación.

En cualquier caso, conviene señalar que a nivel estatal no existe norma alguna sobre la que poder apoyar las pretensiones de alimentos por parte del conviviente más desfavorecido, pues resulta evidente que el artículo 143 CC no cita entre las personas obligadas a prestarse alimentos a los convivientes, además de que no cabe hacer una aplicación analógica de los preceptos que disciplinan la obligación de alimentos entre los cónyuges con respecto a los miembros de las uniones de hecho²¹.

Sin embargo, nuestro Parlamento parece no mostrarse indiferente en lo que se refiere a las obligaciones de alimentos entre convivientes, pues se han presentado y admitido a trámite diversas Proposiciones de Ley por parte de distintos grupos políticos con representación en el Congreso de los Diputados, que precisamente buscan incluir dentro de los obligados a prestarse alimentos en situación de paridad con los cónyuges a los miembros

18. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y...*, cit., pp. 304 y 305; GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y...*, cit., p. 206; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «¿Están los convivientes de hecho...?», cit., pp. 351 y 352.

19. Si bien, como pone de relieve GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y...*, cit., p. 304, la realidad de esta obligación se manifestará básicamente en el momento de la ruptura de la convivencia, aunque también se mostrará durante el desarrollo de la unión.

20. GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y...*, cit., p. 206, señala que con esta interpretación se logra una tutela, seguramente insuficiente, pero al menos mínima, del miembro económicamente más débil de la relación, que no estará obligado a devolver lo que haya recibido del otro en concepto de contribución al sostenimiento de la familia.

21. Así lo ha entendido la doctrina y la Jurisprudencia. Los tribunales mantienen que no pueden fijarse alimentos a favor del miembro de la unión de hecho que se encuentre en situación de necesidad en base a los artículos 142 y ss. CC. Así la SAP de Asturias de 22 de junio de 1994 (AC 1994/1156), SAP de Asturias de 4 de noviembre de 1994 (AC 1994/2005), SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 1999 (AC 1999/8592), SAP de Pontevedra de 22 de mayo de 2001 (AC 2001/1866). LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 64, hace alusión a dos resoluciones más en las que se reclama por una de las partes de la unión pensión de alimentos. Se trata de la SAP de Barcelona de 2 de julio de 1998 y de la SAP de Ciudad Real de 15 de marzo de 1999.

de una unión no matrimonial²². No obstante, la simple posibilidad de que a nivel legal se reconozca la obligación alimenticia entre los convivientes ha generado diversas opiniones doctrinales, que en muchos casos revelan ser opuestas²³.

Por último, cabe señalar que la ausencia de obligación de carácter alimenticio entre los convivientes ha de ser distinguida netamente de la obligación de carácter alimenticio que existe de los padres con respecto a sus hijos, ya que la misma existe, y así se ha de reconocer con independencia de que sus progenitores estén o no casados. Los efectos derivados de la filiación son evidentemente aplicables tanto a los hijos de matrimonios como a los hijos nacidos de parejas de hecho. En este sentido, se ha reconocido de manera reiterada y unánime en nuestra Jurisprudencia²⁴.

IV. PANORAMA AUTONÓMICO

A nivel autonómico han sido tres las Comunidades Autónomas que se han referido a la obligación que tienen los convivientes de prestarse alimentos constante o vigente la unión.

Se trata de la LUEP que en sus artículos 8 y 26²⁵ disciplina la obligación de alimentos en el ámbito de las parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente. La LPENC se re-

22. Entre las Proposiciones de ley presentadas a nivel estatal sobre uniones extramatrimoniales, que abogan por la modificación del artículo 143 CC para dar entrada a la posibilidad de que los convivientes tras la ruptura de la relación se puedan prestar alimentos hay que citar a la Proposición de Ley de uniones estables de pareja presentada por CIU, la Proposición de Ley sobre igualdad jurídica para las parejas de hecho, presentada por Verde-IU-Iniciativa Per Catalunya Verds, y la Proposición de Ley de igualdad jurídica para las uniones de hecho, del Grupo Mixto. Por último, destacar que el Partido Popular, en la enmienda que presentó a la totalidad de las proposiciones de ley (que fue retirada posteriormente) en su artículo 7 disciplinaba la obligación de alimentos entre los convivientes, constante la unión.

23. A favor de que se reconociese una obligación legal de alimentos entre los convivientes se muestran MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «¿Están los convivientes de hecho...», cit., p. 356; GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y...*, cit., pp. 218 y 219; MARTÍN CASALS, M., «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», *ADC*, Tomo XLVIII, octubre-diciembre, 1995, pp. 1803 a 1805. En contra de reconocer a nivel legal una obligación alimenticia entre convivientes se muestra PANTALEÓN PRIETO, F., «Régimen jurídico de las uniones de hecho» en *Uniones de hecho: XI jornadas jurídicas*, MARTINELL J.M., y ARECES PIÑOL, M.T., (eds.), Lleida, Ediciones de la universidad de Lleida, 1998, p. 77.

24. Numerosas han sido las resoluciones que se han ocupado de la cuestión a la que me vengo refiriendo. Así, y entre otras, cabe destacar la SAP de Baleares de 4 febrero de 1993 (AC 1993/317) SAP de Albacete de 28 octubre de 2002 (AC 2003/106), SAP de Cuenca de 28 febrero de 2003 (AC 2003/886), STS de 6 de julio de 2004 (RJ 2004/4336), SAP de Madrid de 15 septiembre de 2004 (AC 2004/2329), SAP de La Coruña de 23 febrero de 2005 (AC 2005/371), SAP de Baleares de 11 marzo de 2005 (AC 2005/669), SAP de Madrid de 21 abril de 2005 (JUR 2005/234942), SAP de Málaga de 4 julio de 2005 (JUR 2005/231733), SAP de La Coruña de 19 julio de 2005 (JUR 2006/13444), SAP de Las Palmas de 29 de julio de 2005 (JUR 2005/243627), SAP de Burgos de 14 septiembre de 2005 (JUR 2005/239884), SAP de Zaragoza de 22 septiembre de 2005 (JUR 2005/274915), SAP de Las Palmas de 29 septiembre de 2005 (JUR 2005/239777), y SAP de Valencia de 29 septiembre de 2005 (JUR 2005/960).

25. Tales preceptos determinan que «Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier obligado». Asimismo cabe tener en cuenta que esos alimentos están incluidos dentro de la obligación de gastos a la familia. A este respecto, hay que tener en consideración lo dispuesto por los artículos 4.1.a) y 23.1.a) (el primero para las parejas heterosexuales y el segundo para las homosexuales) que regulan el sostenimiento de las cargas familiares, señalando que dentro de las mismas se encuentran los gastos originados en concepto de alimentos.

fiere a esta obligación en su artículo 13²⁶. Por último, el artículo 6 LPE²⁷ regula, en idéntico sentido que las anteriores, la obligación de la que nos venimos ocupando.

La justificación de este derecho o deber de alimentos –según la óptica desde la que se mire, preceptor u obligado– no es otra que la pareja en convivencia afectiva, casada o no, implica la creación de un vínculo que en muchos aspectos de la vida se antepone a otras relaciones personales, incluso familiares²⁸.

Interesa poner de manifiesto que en las tres autonomías mencionadas esta obligación pesa sobre los convivientes, si bien únicamente constante la relación de pareja, por lo que en ningún caso cabrá una eventual reclamación de alimentos entre los mismos acontecida la ruptura de la unión con base en los citados preceptos²⁹.

En efecto, no cabe posibilidad alguna de reclamar alimentos en caso de ruptura de la relación, pero puede existir un determinado período de tiempo en el que podrán plantearse dudas respecto a si se pueden reclamar alimentos por parte de un conviviente a otro, que es desde el cese de la convivencia hasta la ruptura legal³⁰.

A juicio de un sector de la doctrina el deber de alimentos entre los convivientes que las leyes autonómicas enunciadas reconocen, sí podría justificar la reparación del estado de necesidad en que el conviviente pueda quedar tras la ruptura, pero siempre y cuando fuera de estricta necesidad, ya que, para lo demás, sería preciso un más amplio deber de socorro³¹.

En caso de extinción de la unión por defunción de uno de los miembros, en el supuesto de las parejas heterosexuales la LUEP en su artículo 18.2³² reconoce el derecho del compañero superviviente a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto. A juicio de

26. Señala que «Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas». En este sentido, cabe tener en cuenta que el párrafo segundo del artículo 5.3 LPENC preceptúa que «Tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda».

27. Dispone que «Los miembros de la pareja tienen la obligación de prestarse alimentos, y se les debe de reclamar con prioridad sobre cualquier otra persona legalmente obligada».

28. MERINO Y HERNÁNDEZ, J.L., *Manual de las...*, cit., pp. 109 y 110.

29. En este sentido, la SAP de Barcelona de 25 de noviembre de 2002 (JUR 2003/61811), resolución en la que se reclamaba por parte de la actora alimentos al que fue su compañero, en virtud del artículo 8 LUEP. Tal petición se hacía tras la extinción de la unión, pero con buen criterio teniendo en cuenta lo dispuesto en tal precepto, el tribunal determinó que no procedía tal pretensión, pues la obligación de alimentos sólo vincula a los convivientes mientras dura la convivencia, pero no cuando se ha producido la ruptura de la misma.

30. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de...*, cit., pp. 233 y 234.

31. LLEBARÍA SAMPER, S., «El patrimonio de las parejas de hecho» en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Constitución, gestión, responsabilidad, continuidad y tributación*, GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M., (coord.), Tomo II, Bosch, 2005, p. 395.

32. Tal precepto dispone que «durante el año siguiente a la muerte de uno de los convivientes, el supérstite tiene derecho a residir en la vivienda común, con la facultad de tomar posesión de la misma y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, de acuerdo con el nivel de vida de la pareja y con la importancia de su patrimonio. Este derecho es independiente de los otros que puedan corresponder al superviviente en virtud de la defunción del premuerto. Se exceptúa el caso de que el premuerto haya atribuido al superviviente el usufructo universal de la herencia con una duración superior a un año. Este derecho se pierde si durante el año el interesado contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente con otra persona o descuida gravemente sus deberes hacia los hijos o las hijas comunes con el premuerto».

un sector de la doctrina³³ tal facultad no es en rigor un derecho de alimentos, pues se le otorga al conviviente superviviente con independencia de cual sea su situación económica y además presenta carácter temporal. Para la determinación de la cantidad económica en la que deberán concretarse estos alimentos se estará al nivel de vida mantenido por la pareja y a la importancia del caudal hereditario que habrá de corregir los desequilibrios que pudiere haber entre el nivel de vida llevado por los convivientes y la capacidad económica real.

Los derechos regulados en el artículo 18.2 LUEP no se originan cuando el premuerto hubiera atribuido al superviviente el usufructo universal de la herencia con una duración superior a un año, supuesto en que quedan absorbidos por el usufructo universal.

Los derechos reconocidos al conviviente superviviente son independientes de otros derechos que le puedan corresponder en virtud de la defunción del premuerto, y se pierden por nuevo matrimonio del sobreviviente, cuando éste pasa a convivir maritalmente con otra persona –sin necesidad de que la nueva relación constituya una unión estable de pareja en los términos de la propia LUEP y con independencia de la orientación sexual de la misma– y cuando el conviviente sobreviviente incumple gravemente sus deberes respecto a los hijos o hijas comunes.

Son causas de extinción de estos derechos: la muerte del superviviente beneficiario, el transcurso de un año sin haber ejercitado la reclamación del derecho y la renuncia del beneficiario. Respecto al plazo de un año que dura este derecho cabe decir que es escaso, y se ha criticado que frente a esta duración el derecho de pensión derivado de las uniones convivenciales de ayuda mutua puede durar hasta tres años³⁴.

En cuanto a la finalidad de este derecho es la de facilitar a quien venía conviviendo maritalmente con el fallecido una mínima tranquilidad económica durante un plazo en el que el dolor por la pérdida del ser querido es especialmente profundo y por la posición debilitada del que, tras el óbito puede quedar desprotegido³⁵.

A diferencia del cónyuge superviviente (artículo 36 Código de Familia) y del conviviente heterosexual sobreviviente (artículo 18.2 LUEP), el conviviente homosexual no tiene derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, en consonancia con el nivel de vida que ha mantenido la pareja y la importancia del patrimonio. Resulta ciertamente difícil comprender la razón de esta discriminación³⁶.

33. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., YSAS SOLANES, M., NAVAS NAVARRO, S. y SOLÉ RESINA, J., «Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia», www.derechocivil.net.

34. ASÍ SOLÉ FELIÚ, J., «Comentaris al Codi de Família, a la Lley de Unions Estables de Parella» en *Comentaris al Codi de Família, a la Lley d'Unions Estables de Parella i a la Lley de Situacions Convivencials d'Ajuda Mutua*, EGEA FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J., (dir.) y LAMARCA I MARQUÉS, A., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (coord.), Madrid, Tecnos, 2000, p. 124I.

35. PEREDA GÁMEZ, F., «El derecho sucesorio de las parejas de hecho» en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, CGPJ, núm. 28, 2005, p. 156.

36. FERRER DUPUY, P., «Incidencia fiscal de la Ley catalana sobre uniones estables de pareja, Ley 10/1998, de 15 de julio», Working Paper de Pret Catalá, octubre de 2005, www.indret.com, p. 26, entiende que se hace difícil comprender esta diferencia de trato, aunque se podría argumentar que la participación del conviviente homosexual en la sucesión intestada del premuerto cubre las necesidades que satisface durante el primer año el derecho a ser alimentado.

V. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ENTRE CONVIVIENTES EN MATERIA DE ALIMENTOS

En el ámbito de las parejas no casadas se suscitan cuestiones de índole económica tanto durante el transcurso de la relación, como tras la ruptura. Durante el desarrollo de la convivencia las relaciones económicas no serán objeto de conflicto, pero cuando llega el momento de la extinción de la pareja, surgirán las disputas respecto a las consecuencias económicas de la ruptura.

La posibilidad de que se reconozcan pensiones o compensaciones tras la ruptura de la relación, puede obedecer a dos causas, bien a que los particulares haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad hayan pactado reconociendo a favor de uno de ellos tales prestaciones, bien a que los tribunales en base a las figuras jurídicas aplicables (con apoyo en el Derecho común o en los concretos preceptos autonómicos que así lo reconozcan) consideren que concurren los presupuestos para la fijación a favor de uno de los convivientes de una pensión y/o una compensación.

Incentivar el principio de la autonomía de la voluntad entre los convivientes, y que en virtud de la misma disciplinen las consecuencias patrimoniales de su ruptura, podría resultar paradójico, pues no debemos olvidar que lo más característico de las parejas no casadas es la falta de un compromiso jurídico³⁷. No obstante, aunque se trate de una relación en cierto sentido descomprometida, su ruptura genera diversos problemas, sobre todo en materia de pensiones y compensaciones, y la previsión de tales consecuencias económicas en virtud de pacto entre los particulares, sería la mejor forma de fijar tales prestaciones, pues nadie mejor que ellos conocen su situación, y tienen pleno conocimiento de sus intereses. Sin embargo, y a pesar de las ventajas que tales acuerdos comportan, en la práctica los supuestos de ausencia de pacto expreso que regulen las cuestiones económicas entre convivientes son muchos más habituales que aquéllos en que los miembros de la unión de hecho han regulado los aspectos económicos de su relación³⁸.

No considero que la única manera de que se puedan reconocer a favor de uno de los miembros de la pareja una pensión o compensación sea en virtud de pacto, pues aunque tal postura sería una forma de fomentar la madurez y la autorresponsabilidad, no es menos cierto que pueden existir supuestos en los que concurren circunstancias que exijan el reconocimiento de ciertas prestaciones económicas, a pesar de no haber existido pacto alguno al respecto.

37. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», *RDP*, noviembre, 2001, p. 210.

38. Así lo ha destacado, entre otros, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y...*, cit., p. 155; ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1986, p. 169; ESTRUCH ESTRUCH, J., «La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho», *RGD*, núm. 644, 1998, p. 5378.

Superada la doctrina jurisprudencial que consideraba nulos los pactos patrimoniales entre convivientes, por ilícito de la causa en la que se fundaban, hoy es unánime la doctrina³⁹ y Jurisprudencia⁴⁰ en cuanto a su plena licitud⁴¹.

A continuación, estudiaremos los límites a los que se ve sometido el poder de disposición de los convivientes por lo que se refiere a los pactos en virtud de los que se regularán las consecuencias económicas de la ruptura, el horizonte temporal en que se podrá pactar, la forma (expresa o tácita) que pueden adoptar tales pactos, y la que necesariamente deberán adoptar cuando regulen determinadas cuestiones, así como su eficacia, para finalmente referirnos al posible contenido que tales acuerdos podrán tener.

39. Así, entre otros, SIMÓ SANTONJA, V., «Vida jurídica de las parejas no casadas», Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Cuaderno núm. 62, Valencia, 1986, p. 27; MIRALLES GONZÁLEZ, I., «A propósito de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, de relaciones de hecho. Una lectura civil», *RJC*, 1993-3, p. 77, y en «La disolución de la unión no matrimonial. Efectos en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Roca Trías, E. (dir.), Madrid, *CGPJ*, núm. 28, 2005, p. 193; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1) de 10 de diciembre de 1993», *RGD*, núm. 600, septiembre 1994, p. 9384; BAYOD LÓPEZ, C., «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», *RCDI*, núm. 626, enero-febrero 1995, p. 134; PANTALEÓN PRIETO, F., «La autorregulación en la unión libre», *PJ*, núm. 4, 1986, p. 134; MERINO GUTIÉRREZ, A., «Las uniones libres y su perspectiva actual (las parejas no casadas)», *La Ley*, 1988-I, p. 1010; VIDAL MARTÍNEZ, J., «Relación no matrimonial: Reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho, buena fe y equidad», *RGD*, núm. 1, 1987, p. 39; ROCA I TRIAS, E., «Familia, familias y derecho de familia», *ADC*, 1990, p. 1078; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y...*, cit., pp. 104, y ss.; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, Madrid, Colex, 1994, p. 73 y en «La ruptura de las uniones paramatrimoniales: secuelas económicas y patrimoniales» en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 75; TORRES LANA, J.A., «Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia *more uxorio*» en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 5, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 773 y ss.; MENDIETA JARAMILLO, L.M., «Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho», *Act. Civ.*, núm. 1, 1990, p. 211; CANTERO NUÑEZ, F.J., «Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho», *RDP*, núm. 79, mes 3, 1995, p. 221; GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y...*, pp. 206 a 208; ROCA GUILLAMÓN, J., «Las cargas de la familia de hecho» en *Parejas de hecho. Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*, Granada, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, p. 87; LLEBARÍA SAMPER, S., *Hacia la familia...*, cit., pp. 124 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario a la sentencia de 29 de octubre de 1997», *CCJC*, núm. 46, 1998, p. 192; GONZÁLEZ POVEDA, P., «Formas de regulación de las uniones de hecho: proyectos legislativos. Pactos entre convivientes; su validez y eficacia» en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, O'CALLAGHAN, MUÑOZ, X. (dir.), Madrid, *CGPJ*, 1998, p. 524; LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado español*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 228; PÉREZ VALLEJO, A.M., *Autorregulación en la Convivencia de hecho (a propósito de las recientes disposiciones prelegislativas y legislativas tendencialmente más dispositivas)*, Almería, Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, 2000, pp. 47 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes...», cit., p. 208; CORRAL GYÓN, M.C., «Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte segunda: efectos patrimoniales», *RCDI*, año 77, núm. 664, 2001, p. 562; LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de...*, cit., p. 60; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «Uniones estables de pareja en Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio)», *RJN*, núm. 35, julio-septiembre 2000, p. 83, y en «El hecho de las parejas de hecho sin Derecho», *La Notaría*, núm. 9, septiembre de 2002, p. 36; SEOANE PRADO, J., «Liquidación de patrimonios comunes» en *Las uniones estables de pareja*, *CDJ*, núm. 1, 2003, p. 346; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre miembros de la pareja de hecho», *RdPat*, núm. 10, 2003, pp. 83 y 84; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Reconocimiento de pensiones...», cit., p. 226; MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 3.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2006, p. 88.

40. Entre otras, así lo determinan SAP de Baleares de 4 de febrero de 1993 (AC 1993/599), STS de 3 de marzo de 1995 (TOL 210589), SAP de Baleares de 25 de noviembre de 1996 (AC 1996/2197), SAP de Málaga de 23 de abril de 1997 (AC 1997/1003), SAP de Palencia de 2 de mayo de 2000 (AC 2000/1406), SAP de Málaga de 27 de diciembre de 2000 (JUR 2001/120313), SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2001 (JUR 2001/136078), SAP de Zaragoza de 7 de marzo de 2001 (JUR 2001/150792), SAP de Cádiz de 17 de abril de 2001 (JUR 2001/191466), SAP de Toledo de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002/128662), SAP de Alicante de 31 de mayo de 2002 (JUR 2002/200683), SAP de Murcia de 7 de enero de 2005 (JUR 2005/65145), SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005 (AC 2005/1833), STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/714), STS de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7732), STS de 26 de enero de 2006 (RJ 2006/417), y STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006/831). No obstante, merece una valoración criticable la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020), pues en el FJ 5.º llega a considerar negligente, a los efectos de surgir la responsabilidad del artículo 1902 CC, que una pareja no regule los distintos aspectos de su vida en común.

41. Sobre la licitud o ilicitud de los pactos entre convivientes en el ámbito del Derecho comparado me remito a LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Las uniones de hecho...*, cit., pp. 128 a 134.

V.1. Límites extrínsecos

De acuerdo con el artículo 1255 CC los pactos entre convivientes serán válidos siempre y cuando *no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*. Cuando el acuerdo incluya la renuncia a uno o varios derechos habrá que tener en cuenta si la misma supone una vulneración del artículo 6.2 CC, pues no será válida si la misma perjudica a terceros⁴².

A nivel autonómico las leyes de pareja han delimitado la autonomía de los convivientes de manera extrínseca, es decir, señalando una serie de limitaciones a la autonomía de la voluntad⁴³. En este sentido, no todas las leyes optan por fijar las mismas limitaciones a la autonomía privada, así el límite más repetido es la ley o derecho de naturaleza imperativa⁴⁴, seguido de la igualdad entre los convivientes⁴⁵, el no perjuicio para cualquiera de ellos⁴⁶, los derechos fundamentales y libertades públicas⁴⁷, los derechos de las partes y su dignidad⁴⁸.

Algunas Comunidades Autónomas han impuesto una serie de límites a los acuerdos suscritos entre los convivientes, aunque sólo a efectos de que los mismos puedan ser inscritos en los registros de pareja. Es el caso de Andalucía, Canarias y País Vasco⁴⁹.

V.2. Límites intrínsecos

Además de los límites generales a la autonomía de la voluntad impuestos tanto por el Código Civil, como por las diversas leyes autonómicas en materia de parejas de hecho, existen ciertos límites intrínsecos, impuestos por determinadas leyes autonómicas desde un principio, referentes a la naturaleza misma del derecho o facultad reconocido por la ley. Las

42. Si los acuerdos tienen lugar en el marco de una unión ilegítima, en la que uno de los convivientes está casado con una tercera persona, la doctrina no es unánime en cuanto al hecho de que por el único motivo de llevarse a cabo en tal marco deban ser considerados inválidos. A juicio de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes...», cit., p. 219, son inválidos y no deben producir ningún efecto jurídico, pues nos encontramos ante una unión no jurificable. Por el contrario, GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y...*, cit., p. 207, considera que para que los pactos adolezcan de una causa ilícita además de celebrarse en el marco de una unión ilegítima han de vulnerar el 6.2 CC, como por ejemplo, que del contenido del pacto derive la violación de las obligaciones legales de alguna de las partes para con un tercero (en este sentido, la obligación de contribución a las cargas familiares de la existente familia matrimonial o de la obligación de pagar una pensión compensatoria).

43. La doctrina se ha mostrado especialmente crítica con las limitaciones efectuadas a la autonomía de la voluntad efectuadas por aquellas Comunidades Autónomas sin competencias en materia de Derecho Civil. Así, CORDERO CUTILLAS, I., «Algunas precisiones en torno a la regulación de las uniones de hecho en las leyes de Valencia, Madrid y Principado de Asturias», *AC*, núm. 47-48, 2002, pp. 1421 y ss.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., y CORDERO CUTILLAS, I., «Las leyes de parejas de hecho (Valencia, Madrid, y Principado de Asturias): su adecuación con la Constitución Española» en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., y otros (coord.), 1.ª ed., Madrid, Thomson Civitas, pp. 4779 y ss.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Algunas observaciones sobre las parejas de hecho», *RJN*, julio-septiembre, 2004, p. 92.

44. Así los artículos 5.1 LPENC, 4.1 LUH, 4.2 LPE, 4.4 LUHM, 8.1 LPHC, 6.3 LPHE, y 8.3 LRPHC.

45. En tal sentido los artículos 4.1 LUH, 4.2 LPE, 4.4 LUHM, 8.1 LPHC, 6.3 LPHE, y 8.3 LRPHC.

46. Así lo determinan los artículos 4.1 LUH, 4.4 LUHM, 6.3 LPHE, y 8.3 LRPHC.

47. Lo señalan los artículos 7 LPH, y 5.2 LRP.

48. Así el artículo 5.1 LPENC. La doctrina se ha mostrado crítica con esta limitación a la autonomía de la voluntad presente en la Ley aragonesa. Así, LLEBARÍA SAMPER, S., «El patrimonio de...», cit., pp. 383 y 384, pues a su juicio la limitación no se expresa de manera afortunada, ya que la dignidad no es un derecho cualquiera, por lo que mejor hubiese sido invertir los términos de la redacción, y señalar «la dignidad o derechos de cualquiera de los otorgantes». Además, no determina a qué derechos de los otorgantes se refiere, omisión que puede generar dudas, pues la citada ley reconoce determinados derechos a favor de los convivientes.

49. Así los artículos 7 LPH, 5.2 LRP, y 8.3 LRP.

leyes de pareja de Cataluña, Navarra y Baleares⁵⁰, han optado por una regulación imperativa respecto a las consecuencias económicas de la ruptura, pues en dichas Comunidades Autónomas, tales prestaciones sólo serán renunciables a partir de que sean exigibles. Antes de que los derechos *ex lege* sean exigibles por su titular, no cabe la posibilidad de que en base a una declaración de voluntad unilateral o bilateral se reduzcan en perjuicio del conviviente que podría tener derecho a los mismos, pero sí podrán mejorarse o ampliarse a su favor. Evidentemente para que tal mínimo irrenunciable tenga sentido ha de estar positivizado por el legislador, pues de otra manera tal previsión no tendría sentido alguno.

La cuestión que estamos planteando está íntimamente relacionada con el ejercicio de los derechos de índole económico que determinadas leyes reconocen a favor de uno de los convivientes, tras la ruptura de la pareja, si concurren determinados presupuestos. Hay que tener en consideración que donde la regulación de tales derechos es imperativa, sólo cabe su ejercicio si no se renunciaron siendo exigibles. Por el contrario, si la regulación presenta carácter dispositivo, se podrían solicitar si en ningún momento se renunciaron (ya sea antes como después de ser exigibles).

V.3. Momento en el que se podrá pactar

El hecho de que los convivientes celebren un acuerdo en virtud del cual prevean el reconocimiento de alimentos a favor de uno de los miembros después de la ruptura de la unión, existe a lo largo de la relación, pero también tras la ruptura de la pareja⁵¹. En este sentido, podrá pactarse en el inicio de la vida en pareja, durante su desarrollo y tras la ruptura, aunque probablemente este último momento sea el menos indicado para celebrar el acuerdo, por las tensiones que posiblemente existan entre los convivientes⁵². Del mismo modo, cabe la posibilidad de que después de la ruptura, ante la previsión de que una de las partes o las dos acudan a los tribunales con el fin de satisfacer sus pretensiones económicas, alcancen un acuerdo económico antes, durante o tras el proceso judicial.

V.4. Forma y eficacia

Los acuerdos entre convivientes en materia patrimonial como ha puesto de relieve la Jurisprudencia pueden ser tácitos o expresos. Así, ha considerado que las actuaciones y el comportamiento de los convivientes podían ser reveladores de una voluntad de hacer comunes los bienes para reconocer que entre los miembros de la pareja existió una comunidad de bienes. No obstante, la posibilidad de que en base a pactos tácitos se pudiesen reconocer pensiones y/o compensaciones a la ruptura de la pareja puede resultar excesivo.

50. La regulación de las prestaciones económicas entre convivientes, en Aragón, País Vasco, Extremadura, y Cantabria presenta carácter dispositivo.

51. No obstante, doctrina y Jurisprudencia han puesto de manifiesto que es tras la ruptura cuando precisamente se celebran tales pactos. Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes...», cit., p. 212. Igualmente, entre otras, la SAP de Baleares de 4 de febrero de 1993 (AC 1993/599), STS de 3 de marzo de 1995 (TOL 210598), SAP de Baleares de 25 de noviembre de 1996 (AC 1996/2197), SAP de Palencia de 2 de mayo de 2000 (AC 2000/1406), SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2001 (JUR 2001/136078), SAP de Alicante de 31 de mayo de 2002 (JUR 2002/200683), SAP de Zaragoza de 7 de marzo de 2001 (JUR 2001/150792), SAP de Toledo de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002/128662).

52. En este sentido, LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M., «La ruptura de las uniones paramatrimoniales...», cit., p. 74.

Según tal postura⁵³ de la propia relación de los convivientes podrá deducirse un acuerdo tácito de mutuo mantenimiento únicamente cuando en la misma concurren unos hechos que evidencien tal voluntad, como son la asunción espontánea por uno de los convivientes de los gastos de mantenimiento del otro durante un cierto período de tiempo, el otorgamiento de la facultad de disponer del patrimonio del otro, el abandono del puesto de trabajo para la dedicación y el cuidado de la familia de uno de los convivientes decidido por ambos, lo cual lleva aparejado la pérdida de una fuente de ingresos y la necesidad de mantenimiento del otro, entre otras circunstancias. Sin embargo, resulta bastante difícil deducir que la obligación de alimentos pueda surgir de un acuerdo tácito. Parece muy complejo encontrar unos hechos concluyentes que puedan evidenciar de forma inequívoca, el deseo y la intención de la pareja de vincularse jurídicamente finalizada su relación. Los *facta concludentia* de los que puede deducirse la voluntad de obligarse al sostenimiento mutuo durante la convivencia no demuestran que la intención de la pareja fuese la de seguir vinculados terminada la relación. Para que tal voluntad sea generadora de obligaciones recíprocas debe estar declarada expresamente⁵⁴.

Lo más recomendable es que los acuerdos entre convivientes sean expresos. En este sentido, de acuerdo con el artículo 1278 CC⁵⁵, el convenio será válido cualquiera que sea su forma⁵⁶. Tal convenio podría ser verbal, o escrito, siendo más recomendable este último⁵⁷, pues a efectos probatorios resultaría mucho más complejo el verbal. Dentro de la forma escrita, existe la posibilidad de que el acuerdo conste en documento privado o público, siendo preferible este último. En este sentido, tal acuerdo podría constar en escritura pública⁵⁸, pues tal aspecto conlleva numerosas ventajas⁵⁹, no sólo a efectos de prueba sino también de índole procesal⁶⁰. Como bien se ha puesto de relieve por parte de la doctrina, los acuer-

53. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y...*, cit., pp. 307 y 308.

54. En este sentido, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «¿Están los convivientes de hecho...», cit., pp. 350 y 351.

55. Dispone el artículo 1278 que «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez».

56. Entre otros, GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y...*, cit., p. 208; ESTRUCH ESTRUCH, J., «La liquidación de...», cit., p. 5371; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes...», cit., p. 220; CORRAL GIJÓN, M.C., «Las uniones de hecho y...», cit., p. 563; SEOANE PRADO, J., «Liquidación de patrimonios...», cit., p. 347.

57. Así, GARCÍA RUBIO, M. P., *Alimentos entre cónyuges y...*, cit., p. 208; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «Uniones estables de pareja en Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio)», *RJN*, núm. 35, julio-septiembre 2000, p. 83; BACHS ESTANY, J.M., «Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes» en *Las uniones estables de pareja, CDJ*, núm. 1, 2003, pp. 170 y 171.

58. Aunque la posibilidad de que los acuerdos entre convivientes consten en escritura pública constituye algo infrecuente e incluso excepcional (así lo ha destacado CORRAL GIJÓN, M.C., «Las uniones de hecho y...», cit., p. 561) existen resoluciones que hacen referencia a la constancia de los acuerdos entre convivientes en escritura pública. Así la SAP de Cantabria de 19 de abril de 2005 (AC 2005/1833).

59. Como pone de manifiesto GARCÍA-GRANERO COLOMER, A.V., *Notas prácticas sobre la Ley valenciana de uniones de hecho*, Tirant lo blanch, 2002, TOL 207006, www.tirantonline.com, la escritura pública además de establecer los pactos que deseen los convivientes para regular su relación, puede tener dos misiones más, como constituir jurídicamente la unión e incluir el elenco de causas por las que la misma deba tenerse por extinguida.

60. Como destacan PÉREZ MARTÍN, A., «Problemas procesales más frecuentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales» en *Las uniones estables de pareja, CDJ*, núm. 1, 2003, pp. 255, 260, y 261, y MIRALLES GONZÁLEZ, I., «La disolución de la...», cit., p. 194, de acuerdo con el artículo 517.4 LEC si el pacto consta en escritura pública tendríamos un título cuya ejecución sería judicialmente exigible. Cuando los pactos consten en documento privado, su eficacia exige una previa sentencia para lo cual habrá que acudir a un procedimiento declarativo dependiendo de la cuantía. Como bien determina PÉREZ MARTÍN, cuando los acuerdos entre convivientes se hacen de común acuerdo, para evitar posibles problemas futuros pueden acudir a los tribunales a los efectos de solicitar la homologación de tales acuerdos. No obstante, la Jurisprudencia se muestra dividida respecto a esta cuestión pues encontramos ejemplos que se muestran tanto a favor como en contra de la posibilidad de la homologación. A favor, la SAP de Palencia de 2 de mayo de 2000 (AC 2000/1406), y en contra la SAP de Málaga de 27

dos entre convivientes no son capitulaciones matrimoniales⁶¹, por lo que no es preciso que consten en escritura pública, tan sólo es una posibilidad que resulta muy aconsejable, por las ventajas que de tal hecho se derivan.

El principio espiritualista que rige en materia de pactos entre convivientes y que informa mayoritariamente nuestro Derecho, puede presentar excepciones pues si en el acuerdo se incluyen ciertos negocios jurídicos formales, se deberá cumplir la forma exigida para tal negocio⁶². De este modo, si como compensación por la ruptura de la convivencia uno de los convivientes pretende donar al otro un bien inmueble, necesariamente ha de constar en escritura pública.

A pesar del principio de libertad formal que rige en materia de contratos, y más en concreto en los acuerdos entre convivientes, como así lo ha reconocido tanto la doctrina como la Jurisprudencia, la legislación autonómica en materia de parejas de hecho exige que los acuerdos realizados al amparo de tales leyes, necesariamente han de tener una determinada forma⁶³. No obstante, no todas las leyes exigen la misma forma, pudiéndose distinguir cuatro categorías de exigencia. A favor de la libertad de forma se muestran Cataluña, Baleares y Andalucía⁶⁴. Exigen escritura pública constitutiva, Aragón, Valencia⁶⁵, Madrid, Extremadura, y Cantabria⁶⁶. Únicamente han de tener forma escrita en Navarra⁶⁷, Asturias y País Vasco⁶⁸. El último nivel de exigencia, es el presente en Canarias⁶⁹, pues adopta una posición muy ambigua, y realmente no se sabe qué forma se exige para los pactos realizados al amparo de dicha ley, ya que tras mostrarse a favor de la libertad de forma, exige que los acuerdos consten en escritura pública o en otro documento que reúna las condiciones de autenticidad.

de diciembre de 2000 (JUR 2001/120313), determinando esta segunda resolución que sólo cabe aprobar los convenios procedentes de relaciones matrimoniales, pues el legislador no los prevé para las uniones de hecho.

61. Es unánime la doctrina en no considerar a estos convenios capitulaciones matrimoniales. En este sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y...*, cit., p. 109; BAYOD LÓPEZ, C., «Parejas no casadas...», cit., p. 143; LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M., *Las uniones paramatrimoniales...*, cit., p. 78; LLEBARÍA SAMPER, S., «El patrimonio de...», cit., p. 406.

62. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes...», cit., p. 220.

63. La doctrina se ha mostrado crítica por lo que se refiere a la forma que la legislación autonómica exige en materia de acuerdos entre convivientes. En este sentido, LLEBARÍA SAMPER, S., «El patrimonio de...», cit., p. 375.

64. Así lo disponen los artículos 3.1 LUEP, 4.1 LPE, y 10 LPH.

65. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Estudio de la reciente ley autonómica valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho», *Revista Valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 34, 2001, p. 27, se muestra crítico con la exigencia de forma presente en la ley valenciana, y entiende que únicamente se exige escritura pública a los efectos de permitir la posibilidad de acceso al registro de uniones de hecho, pues en caso contrario se estaría incurriendo en una extralimitación competencial.

66. En tal sentido los artículos 5.1 LPENC, 4.1 LUH, 4.1 LUHM, 6.1 LPHE, y 8.1 LRPHE.

67. ARREGUI GIL, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (dir.), Tomo XXXVII, Vol. 2, Edersa, 2001, p. 1633, considera extraño que en Navarra no se exija documento público, como requisito de forma esencial, para la regulación por pacto de la convivencia en pareja, teniendo en consideración el amplio contenido que puede tener el acuerdo, y las consecuencias que del mismo pueden derivarse.

68. Tal exigencia de forma está presente en los artículos 5.1 LFIJPE, 5.1 LAPE, y 5.1 LRPHE.

69. El artículo 7.1 LPHC señala que «los miembros de la pareja podrán regular válidamente, por cualquier forma, verbal o escrita, admitida en Derecho, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, con indicación de los derechos y deberes respectivos. Entre dichos derechos podrá pactarse el de obtener información y autorización médica en relación con el otro miembro de la pareja, en los casos en que razones médicas lo exijan o aconsejen. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia». El artículo 7.2 añade que «en todo caso será necesario que tales pactos de convivencia consten en escritura pública o en otro documento que reúna las condiciones de autenticidad».

La eficacia de los pactos entre convivientes dependerá de la forma que adopten los acuerdos. La publicidad y los efectos frente a terceros de los pactos que celebren los miembros de la unión de hecho se rige por lo determinado en los artículos 1218⁷⁰ y 1227⁷¹ CC.

A diferencia de lo que acontece en el matrimonio de que si los cónyuges quieren pactar sobre su régimen económico matrimonial, tal acuerdo debe constar en escritura pública y sólo es oponible a terceros desde la inscripción en el Registro Civil, los pactos entre convivientes, en virtud del principio de libertad de forma son válidos cualquiera que sea la forma que adopten, pero de acuerdo con lo establecido en el artículo 1218 CC pueden ser eficaces frente a terceros, si constan en escritura pública. A pesar de la vigencia de tal precepto, incomprensiblemente algunas leyes autonómicas (Valencia, Madrid, y Extremadura⁷²) sin competencias en materia de Derecho civil, han tratado de desbancar, sin ningún éxito, lo dispuesto en el artículo 1218 CC, pues determinan que los pactos entre convivientes que necesariamente deberán constar en escritura pública sólo tendrán efectos *inter partes* y nunca frente a terceros. A pesar de tal previsión autonómica rige en toda su plenitud lo dispuesto por el artículo 1218 CC, pues ninguna Comunidad Autónoma, ni siquiera aquellas con competencias en materia de Derecho Civil, de acuerdo con el artículo 149.1.8 CE puede legislar sobre los instrumentos públicos⁷³.

La protección de los terceros es diversa según nos encontremos ante acuerdos entre cónyuges o entre convivientes, pues la publicidad en los primeros resulta ser mucho mayor que en los segundos. Respecto a los acuerdos suscritos entre miembros de uniones de hecho, los terceros carecen de medios para conocer su existencia, su contenido, y si sigue o no vigente la unión de hecho en cuyo marco se han efectuado⁷⁴.

V.5. Contenido

El posible contenido de los pactos entre convivientes está íntimamente relacionado con los límites a la autonomía de la voluntad, de manera que si las previsiones contenidas en los mismos conculcan los límites legales no tendrán validez, por lo que el contenido y la forma en que tales acuerdos se redacten es un tema central.

Los pactos que suscriban los convivientes podrán tener como destinatarios de las consideraciones que en ellos se establezcan no sólo a los integrantes de la pareja, sino además, los hijos. En relación a estos últimos, como ya hemos visto, los acuerdos celebrados entre convivientes no podrán conculcar, en ningún caso, las leyes imperativas sobre patria potestad y filiación, aunque tales límites con respecto a los hijos hay que tener en cuenta que rigen con independencia de que los progenitores estén o no casados. Los acuerdos entre convivientes,

70. Determina que «los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros».

71. Tal precepto dispone que «la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio».

72. Así lo determinan los artículos 4.3 LUH, 4.5 LUHM y 6.4 LPHE.

73. Así LLEBARÍA SAMPER, S., «El patrimonio de...», cit., pp. 375 y 376.

74. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes...», cit., p. 223.

que tienen como contenido la pensión alimenticia de los hijos, ha sido una cuestión sobre la que la Jurisprudencia ha tenido la ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones, considerando en la mayoría de los casos que se trata de una cuestión indisponible⁷⁵, sobre la que los convivientes no pueden pactar, aunque en otras ocasiones ha considerado lo contrario (que era una materia dispositiva⁷⁶).

Las previsiones que decidan hacer constar los convivientes en el acuerdo que celebren podrán ser tan amplio como quieran⁷⁷, y tanto de reconocimiento de determinadas pensiones o compensaciones, como de renuncia a tales consecuencias económicas.

Respecto a los pactos que supongan el reconocimiento de determinadas prestaciones a favor de uno o de ambos convivientes, podrán pactar la fijación recíproca o a favor de uno de ellos de una pensión de carácter alimenticio o asistencial⁷⁸ que sería efectiva en el supuesto de que uno de los integrantes de la unión se encuentre en una situación de necesidad. Las partes podrán hacer constar los términos y condiciones de ejercicio de tal derecho. En tal sentido se podrá establecer que la obligación de alimentos será efectiva tanto durante la vigencia de la relación como tras su ruptura. Respecto al límite temporal durante el cual podrá exigirse tal prestación, tendremos que estar a lo pactado entre las partes⁷⁹ y, en su defecto, a las reglas de interpretación de la voluntad de los contratos. De acuerdo con el artículo 153 CC, a falta de cláusulas expresas, a las obligaciones alimenticias derivadas de este tipo de pactos supletoriamente se le aplicarán las normas presentes en los artículos 142 y siguientes del CC.

75. Entre otras, la SAP de Baleares de 4 de febrero de 1993 (AC 1993/599), SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2001 (JUR 2001/136078), STS de 1 de julio de 2002 (RJ 2002/7144) y SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2003 (JUR 2003/260140).

76. Así, SAP de Málaga de 27 de diciembre de 2000 (JUR 2001/120313).

77. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes...», cit., p. 235; MIRALLES GONZÁLEZ, I., «La disolución de la...», cit., p. 193.

78. GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y...*, cit., p. 208; ROCA GUILLAMÓN, J., «Las cargas de la familia...», cit., pp. 87 y 88; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «¿Están los convivientes de hecho...», cit., p. 352; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes...», cit., p. 231.

79. GARCÍA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y...*, cit., p. 208, determina que el único límite temporal derivará de la prohibición implícita que impide obligarse de por vida.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

Declaración de nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial al haberse denegado la práctica de prueba en segunda instancia sin motivar adecuadamente aquella decisión, reconociéndose por el Tribunal Constitucional que se ha vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 291/2006, DE 9 DE OCTUBRE

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Juan Carlos interpuso demanda de separación contra su esposa doña María Jesús quien a su vez había instado también demanda de separación contra su esposo, acumulándose ambas demandas.
- Doña María Jesús propuso abundante prueba con carácter previo a la vista en escrito de 1 de julio de 2003. Por lo que aquí interesa, en orden al establecimiento del régimen de visitas, se propuso informe del equipo psicosocial adscrito al Juzgado, anunciando igualmente informe pericial sobre los rendimientos de ciertas fincas rústicas de las que era copropietario el actor, y variada documental referente al libramiento de oficio a determinadas entidades bancarias para que suministraran información relativa a movimientos de cuentas desde el año 2000, así como a rendimientos y operaciones de compraventa de valores y fondos de inversión en los ejercicios 2001 a 2003.
- Mediante providencia de 15 de julio de 2003 se admitió parte de la prueba propuesta anticipadamente, rechazándose otra. El acto del juicio comenzó con la vista celebrada el 22 de julio de 2003. Reiterada en ella por la demandada la solicitud de práctica de todas las diligencias de prueba del escrito de 1 de julio, en cuanto a los oficios, se admitieron los ya admitidos; la prueba psicosocial, se acordó, ampliándose a toda la unidad familiar; y, respecto a la pericial agrónoma, se acordó la ratificación del perito en la próxima vista. El Letrado de la parte demandada formuló protesta en relación con la prueba inadmitida.
- Con fecha 18 de noviembre de 2003 se emitió informe por el equipo técnico psicosocial adscrito al Juzgado, tras entrevistarse separadamente con el padre, la madre y los dos hijos menores del matrimonio, poniendo de manifiesto que no pudo completarse el informe al carecer de psicólogo dicho equipo.
- El acto del juicio continuó el 24 de noviembre de 2003, en el que por la parte demandada se solicitó la ampliación del informe psicológico, lo que fue rechazado por el Juzgado, atendiendo a que no se discutía la custodia, sino sólo el régimen de visitas; formulando protesta el Letrado de la parte.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Colmenar Viejo dictó Sentencia el 17 de noviembre de 2003, en la que se acordó la separación, una pensión alimenticia de 300 euros al mes por cada hijo y una pensión compensatoria mensual de 400 euros para la esposa a cargo del padre y marido, respectivamente, atendiendo para ello a los ingresos del trabajo y de la actividad profesional de éste, sin que

tras la valoración del informe pericial se considerase acreditado que efectivamente recibiera todos los años alguna cantidad por las fincas rústicas.

- ⊙ Ambas partes interpusieron recurso de apelación, solicitando doña M.^a Jesús en su escrito la práctica de prueba propuesta y no admitida en segunda instancia, concretamente el libramiento de oficios a determinados bancos donde el esposo tenía cuentas abiertas y que se completase la prueba pericial psicológica.
- ⊙ La Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó auto denegando el recibimiento a prueba con el siguiente razonamiento: «dadas las cuestiones debatidas en la apelación, y teniendo en cuenta la prueba ya practicada en los autos, que se considera suficiente para resolver las pretensiones de ambas partes (de orden personal –régimen de visitas– y económico –pensión alimenticia y pensión compensatoria–), no se considera necesaria ni pertinente la prueba propuesta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que procede su denegación». Contra dicho auto se formó recurso de reposición que igualmente fue desestimado.
- ⊙ Con fecha 4 de junio de 2004, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó desestimando el recurso.
- ⊙ Doña María Jesús interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que declaró la nulidad de la sentencia y de los autos de la Audiencia retro trayendo las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que la Audiencia se pronuncie de nuevo sobre la solicitud de la prueba efectuada con respeto al derecho fundamental vulnerado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamento del recurso de amparo.

En la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), en conexión con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE), como consecuencia de la denegación de prueba documental bancaria y de la falta de práctica completa de la prueba pericial psicológica, lo cual ha producido indefensión a la recurrente. Así, con relación a la prueba documental bancaria, aduce que se estimaba necesaria para resolver sobre las cuestiones planteadas en torno a la pensión de alimentos para los hijos y respecto a la pensión compensatoria para la esposa, por cuanto el esposo se había limitado a presentar sus declaraciones tributarias y una certificación de uno de los colegios donde se desarrolla su actividad laboral, obviando aportar certificaciones de otro tipo que permitieran conocer su verdadera situación económica, cuando el artículo 770.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) establece que el actor debe aportar los documentos que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y de los hijos, entre otros, certificaciones bancarias. Por

ello critica que en los Autos por los que se rechazó la práctica de prueba en segunda instancia se razonara que no se consideraba necesaria ni pertinente la prueba propuesta en segunda instancia, por estimar que la prueba ya practicada era suficiente para resolver las pretensiones de ambas partes, y que, posteriormente, en la Sentencia se desestimaran sus pretensiones en orden a las indicadas pensiones con fundamento en que «ha quedado acreditado que el esposo percibe unos ingresos superiores a los 2000 euros, sin que consten con claridad cuáles puedan ser los beneficios que percibe por razón de la titularidad de acciones y participaciones, o por la explotación de fincas rústicas», cuando esos extremos eran precisamente los que pretendían acreditarse a través de la prueba documental propuesta y denegada.

Por otra parte, respecto a la prueba pericial psicológica, se argumenta que resultaba imprescindible al objeto de determinar el alcance del régimen de visitas, y que fue inicialmente admitida en primera instancia al acordarse el informe del equipo psicosocial adscrito al Juzgado sobre el grupo familiar, equipo que, reconociendo su incapacidad,

proponía que el grupo familiar fuese explorado por un psicólogo, profesional del que no disponía dicho equipo técnico.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

Por su parte el Ministerio Fiscal, como más detalladamente se expone en los antecedentes, tras subsumir la queja de la recurrente en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE), propone la desestimación de la demanda de amparo por considerar, respecto a la prueba documental bancaria, que aun cuando no se motivó su rechazo en la primera instancia, sí se hizo en la segunda y no se produjo indefensión, por cuanto existía sobreabundante prueba de la situación patrimonial del esposo, siendo la denegada prueba complementaria de la anterior; y, por lo que respecta a la prueba psicológica sobre el entorno familiar, por su carácter también complementario, así como porque había acuerdo en orden al régimen de custodia y las diferencias sobre el régimen de visitas no parecen relevantes; debiendo pensarse, además, que el Juez también valoró la exploración de los menores.

3. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Como mantiene el Ministerio Fiscal, aunque la recurrente alegue formalmente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), de la argumentación en la que se fundamenta su queja –indebida denegación de la prueba oportunamente propuesta– y de la doctrina constitucional citada por la misma se infiere con claridad que el derecho fundamental concernido en las actuaciones de las que deriva el presente recurso de amparo no es otro que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE).

Siendo ello así, debe comenzarse por recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental a la prueba consagrado en el artículo 24.2 CE. Buena síntesis de la misma se ofrece en la STC 71/2003, de 9 de abril, FJ 3:

«a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de

noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el Ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, FJ 2).

c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea “decisiva en términos de defensa” (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, FJ 2; 45/2000, FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, FJ 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2; 45/2000, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28).»

4. Aplicación de la doctrina constitucional al caso litigioso.

En el presente caso ninguna de las resoluciones judiciales que denegaron la práctica de la prueba en segunda instancia argumenta que la prueba denegada no se solicitara en la forma y momento legalmente establecidos, como tampoco lo aduce el Ministerio Fiscal, pese a solicitar la desestimación del recurso de amparo, debiendo por tanto considerarse cumplido el requisito de proposición en tiempo y forma legal, como por otra parte corrobora el examen de las actuaciones, pues, además de solicitarse algunas pruebas con carácter anticipado, volvió a proponerse la prueba en el momento legalmente previsto durante la primera instancia en la vista del juicio verbal (artículos 443.4 y 753 LEC), y se formuló protesta por la prueba rechazada. Igualmente se propuso la prueba en segunda instancia en momento y tiempo oportunos, al reiterarse la solicitud de práctica de la prueba denegada en la primera instancia en el escrito de interposición del recurso de apelación (artículo 460.2 LEC) y, frente al Auto de 30 de abril de 2004, que rechazaba el recibimiento del pleito a prueba en la segunda instancia, se formuló el oportuno recurso de reposición (artículo 451 LEC).

La cuestión central del presente recurso de amparo reside en determinar si se denegó la prueba propuesta mediante una motivación constitucionalmente admisible y si la falta de actividad probatoria se tradujo en una efectiva indefensión de la recurrente, por ser la prueba propuesta y denegada decisiva en términos de defensa. Como se ha anticipado, la labor de determinar la prueba

admisible corresponde en principio a los órganos judiciales, ya que este Tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna, o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable.

En el presente caso la Audiencia expuso las razones determinantes de la denegación de la prueba en su Auto de 30 de abril de 2004, pues el Auto de 27 de mayo de 2004, mediante el que se desestimaba el recurso de reposición, se remitía a las consideraciones efectuadas en el primer Auto. En éste se aducía que, dadas las cuestiones debatidas en la apelación (de orden personal –régimen de visitas– y económico –pensión alimenticia y pensión compensatoria–), se consideraba suficiente para resolver las pretensiones de ambas partes la prueba ya practicada en los autos, no estimando necesaria ni pertinente la prueba propuesta en la segunda instancia.

Ciertamente, el derecho fundamental a la prueba no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino el derecho a la admisión y práctica de la que sea pertinente, habiendo sido considerada la pertinencia en la doctrina constitucional como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 71/2003, de 9 de abril, FJ 3; y 121/2004, de 12 de julio, FJ 4, entre otras). En términos similares el legislador procesal civil define la prueba pertinente como la que «guarda relación con lo que sea el objeto del proceso» (artículo 283.1 LEC), el cual, por otro lado, caracteriza como pruebas inútiles aquellas que, en ningún caso, puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (artículo 283.2 LEC).

A la vista de lo anterior debe concluirse que el rechazo de la prueba documental bancaria propuesta para acreditar la verdadera situación económica del esposo no se fundó en una interpretación razonable de la legislación procesal. Por un lado, reconociéndose como cuestiones debatidas en la apelación la pensión alimenticia y la pensión compensatoria, cuyo aumento pedía la esposa y cuya disminución solicitaba el esposo, en ningún caso resulta razonable interpretar que la información solicitada sobre los movimientos de las cuentas bancarias del esposo fuera impertinente, es decir, que no guardaba relación con el objeto del proceso; ni que fuera inútil, cuánto más cuando respecto de los procesos de separación y divorcio el legislador menciona expresamente como documentos que permiten evaluar la situación económica de los cónyuges las certificaciones bancarias (artículo 770.1 LEC), y cuando la recurrente aducía como indicio de que los ingresos declarados no coincidían con los

reales el hecho de que sólo con los ingresos declarados no podía alcanzarse un patrimonio como el que había adquirido el esposo.

Pero tampoco puede considerarse justificación suficiente la ausencia de necesidad esgrimida. Por una parte porque a lo largo del proceso no se explicita por parte de la Audiencia ningún razonamiento concreto a través del cual conocer la *ratio decidendi* que sustenta la falta de necesidad alegada. Por otra parte porque esa afirmación inicial sobre la falta de necesidad de la prueba resulta contradictoria en la Sentencia de apelación, que desestima las pretensiones económicas de la demandada aquí recurrente por estimar que no constan con claridad cuáles puedan ser los beneficios que percibe el esposo por razón de la titularidad de acciones y participaciones, o por la explotación de fincas rústicas, cuando esos extremos eran precisamente los que perseguían acreditarse a través de la prueba documental propuesta y denegada.

Ello conecta con el último de los requisitos exigidos referente al carácter decisivo de la prueba propuesta y denegada en términos de defensa, produciendo indefensión a la recurrente, pues su carácter decisivo resulta de la propia argumentación de la Sentencia de apelación, la cual funda la desestimación de la pretensión de incremento de las pensiones alimenticia y compensatoria precisamente en la falta de acreditación de que existieran ingresos superiores a los declarados, procedentes de la titularidad de acciones y valores o de la explotación de fincas rústicas, que es, cabalmente, lo que se perseguía acreditar mediante la información bancaria solicitada. De este modo se rechaza la pretensión de incremento de las pensiones con fundamento en la falta de prueba de ciertos hechos que no ha sido posible acreditar por causa imputable al órgano judicial, pudiendo razonablemente afirmarse que el resultado de la resolución hubiese podido ser otro si se hubiera dado la posibilidad de demostrar a la demandante de amparo la existencia de ingresos superiores a los declarados por el padre y marido. Por lo que, con relación a la prueba documental bancaria, debe apreciarse la vulneración del derecho a la prueba consagrado en el artículo 24.2 CE.

Por el contrario no se llega a la misma conclusión respecto a la prueba pericial psicológica cuya ampliación fue rechazada. En este sentido

debe recordarse que el Juzgado acordó la prueba propuesta por la aquí recurrente consistente en que se emitiera informe por el equipo psicossocial adscrito al Juzgado, el cual fue practicado, aun manifestando la conveniencia de que su resultado fuera ampliado por un psicólogo del que carecía el equipo informante. Solicitada en esa línea la ampliación de la prueba pericial por la aquí recurrente, ello fue rechazado por el Juzgado en la vista, con fundamento en que no se discutía la custodia, sino sólo parte del régimen de visitas.

Ciertamente la fundamentación expresada por el Juzgado y la cuestión debatida en el proceso difícilmente permitirían apreciar una motivación arbitraria o irrazonable del rechazo de la ampliación de dicha prueba. Cabe recordar que la solicitud de esta prueba se reiteró en el escrito de interposición del recurso de apelación con el fin de que se informara al Tribunal sobre las necesidades afectivas y alcance de las medidas que debían adoptarse respecto de los hijos menores del matrimonio, y limitándose la discrepancia en la apelación a solicitar que del régimen de visitas establecido se suprimiera el día entre semana establecido por el Juzgado. Es decir, existiendo acuerdo entre las partes en que la custodia se atribuyera a la madre y en que el padre disfrutara de régimen de visitas, como advierte el Ministerio Fiscal, se centraba la discrepancia en apelación en que la demandada quería que se suprimiera el día entre semana porque le dificultaba que hiciera sus deberes, perdiendo cuarenta minutos entre ida y vuelta. En virtud de las circunstancias expuestas no puede reputarse irrazonable que el Juzgado se considerara suficientemente informado sobre el alcance de las medidas a adoptar respecto de los hijos menores a la luz del contenido del informe del equipo psicossocial y de la propia exploración judicial del hijo menor de edad en el acto del juicio, ni la confirmación de dicha resolución en apelación, ni puede considerarse irrazonable la apreciación judicial de la conveniencia de mantener la comunicación en la tarde semanal para la continuidad de la relación afectiva y familiar entre el progenitor no custodio y los hijos menores, así como de la posibilidad de que éstos puedan hacer sus deberes en compañía de aquél; como tampoco puede atribuírsele a dicha prueba el carácter decisivo que requiere la doctrina de este Tribunal.

Vulneración del derecho de libertad de expresión e información cuando, una abuela, en un juicio en el que solicita la custodia de su nieto, manifiesta que la madre del menor era toxicómana y que como condición para ver al menor le solicitaba dinero que presumía que era para la compra de droga, manifestaciones por las que dicha abuela fue condenada penalmente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 299/2006, DE 23 DE OCTUBRE

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña María interpuso en el mes de diciembre de 1998 demanda civil ante el Juzgado de Familia núm. 5 de Zaragoza, en la que solicitaba le fuera atribuida la guarda y custodia de su nieta de cinco años de edad, hija de su hijo –fallecido en 1994 como consecuencia de un edema pulmonar relacionado con su toxicomanía– y de doña Isabel. Al tratar de justificar su pretensión alegó, entre otros muchos detalles, que la madre de la menor era toxicómana, que había sido detenida por la policía por tráfico de drogas, les ponía como condición para poder ver a su nieta que le entregaran diversas cantidades de dinero, las cuales presumía eran para la adquisición de aquellas sustancias. Afirmó también que la niña mostraba signos de no ser bien atendida cuando permanecía conviviendo con su madre (higiene, alimentación, deterioro físico y escolarización).
- ⦿ Durante la tramitación del proceso civil la madre demandada solicitó licencia judicial para deducir acción frente a la actora por el contenido de la demanda, la cual le fue concedida por la Juez del caso mediante providencia de 17 de marzo de 1999. Seguidamente, en el mismo mes de marzo, interpuso querrela criminal contra la demandante de amparo imputándole sendos delitos de injurias y calumnias.
- ⦿ El Juzgado de lo Penal núm. 7 de Zaragoza dictó Sentencia absolutoria de fecha 5 de diciembre de 2001, tras apreciar –en lo que se refiere a la supuesta calumnia– que en el proceso civil no se había imputado a la querellante la comisión de ilícito penal alguno y, en relación con la pretensión de condena por injurias, por considerar no probada la existencia de una maquinación dirigida a crear artificialmente un perfil desfavorable de la madre de la menor, ni la presencia del ánimo de injuriar que daría relevancia penal a los hechos denunciados.
- ⦿ Interpuesto recurso de apelación por la querellante, la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, tras sustituir los hechos declarados probados en la instancia, revocó la absolución impugnada y condenó a la aquí demandante de amparo en Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2002, tras considerarla autora de sendos delitos de calumnia e injurias graves.
- ⦿ Doña María interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que consideró que se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión e información y declaró la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamento del Recurso de amparo.

Afirma la demandante de amparo que la Sentencia condenatoria ha supuesto la vulneración de varios de sus derechos fundamentales. De un lado, habrían sido vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa en relación con el derecho a la libertad de expresión [artículos 24.1 y 2 y 20.1.a) CE], toda vez que la condena trae causa de afirmaciones que se vertieron en una demanda civil que sólo perseguía obtener la guarda y custodia de su nieta, sin que tuviera ánimo de difamar a la madre sino únicamente de informar al juzgador de determinadas circunstancias que consideró relevantes para fundar la citada pretensión. A tal efecto señala que es doctrina constitucional (STC 100/1987) que no pueden constreñirse las alegaciones procesales por la eventualidad incondicionada de una ulterior querrela. Denuncia, de otro lado, la lesión de su derecho a la legalidad sancionatoria (artículo 25.1 CE), pues afirma haber sido condenada por calumnia como consecuencia de la supuesta imputación a la querellante de un delito de tráfico de drogas, cuando en realidad lo que afirmó es que había sido detenida por tal causa, y ello sin ánimo de injuriar, sino con la intención de poner en conocimiento del Juez de familia circunstancias que pensaba que eran ciertas, y que eran, por ello, simple ejercicio del derecho de defensa. Finalmente, afirma también que en el proceso penal previo se ha desconocido su derecho a ser informada de la acusación (artículo 24.2 CE), toda vez que la querellante no concretó en el escrito de acusación cuáles eran los hechos constitutivos del delito de calumnias y cuáles el de injurias, tal y como expresamente reconoce la Sentencia absolutoria de instancia.

Por todo ello, interesa el otorgamiento del amparo acordando la nulidad de la Sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Zaragoza que impugna. Solicitó asimismo la suspensión de la ejecución de la citada Sentencia.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El 1 de septiembre de 2003 presentó sus alegaciones el Fiscal ante el Tribunal Constitucional. En ellas interesó la concesión del amparo señalando, en relación con la supuesta lesión del derecho a ser informado de la acusación (artículo 24.2 CE), que la misma no se ha producido toda vez que en el escrito de conclusiones de la querellante se identifica concretamente la premisa fáctica de la pretensión de condena, de modo que no puede afirmarse fundadamente que la ahora demandante

de amparo desconociera ambas calificaciones acusatorias (calumnias e injurias), ni se viera impedida para defenderse de las mismas. La queja que aduce la vulneración del derecho a la legalidad de las infracciones y sanciones (artículo 25.1 CE) la considera implícita, dados los caracteres del caso, en la relación entre el Derecho penal y la libertad de expresión, pues afirma la lesión en que se puede incurrir al interpretar y aplicar tipos penales relacionados con el ejercicio de aquélla. Circunscrita a este ámbito la cuestión planteada en el caso, entiende que, frente a la libertad de expresión (artículo 20.1.a) CE), aducida por la actora como vulnerada, es en realidad la libertad de información (artículo 20.1.d) CE) la que resulta realmente conculcada por la Sentencia impugnada, y ello por cuanto la propia naturaleza del acto procesal de parte en el que se contienen las expresiones vejatorias –demanda–, requiere de una exposición sucinta de hechos a los que se anudan una serie de fundamentos de derecho y en base a los que se solicita del órgano jurisdiccional se dé vía a un proceso. Aplicada al caso la doctrina constitucional en relación con la exigencia de veracidad que requiere el correcto ejercicio de dicho derecho, razona el Ministerio público que no cabe olvidar la realidad de que, en una materia tan delicada como la que se refiere a las complejas relaciones interpersonales en el seno familiar, la particular percepción de la abuela interiorizando determinados acontecimientos le condujera a elaborar conclusiones a las que, por su legítimo subjetivismo, no es lícito exigir un grado de certeza total y absoluto. Tras un análisis de las actuaciones relevantes en tal sentido, concluye el Ministerio Fiscal que la condena por los delitos de calumnias e injurias sancionados en la Sentencia de la Audiencia Provincial, supone una valoración en la que las restricciones impuestas al derecho fundamental a la libertad de información no se hallan constitucionalmente justificadas, y, en consecuencia, interesa el otorgamiento del amparo, en cuya virtud solicita se declare la nulidad de la Sentencia condenatoria.

3. Fundamento jurídico del Tribunal Constitucional para estimar la petición de amparo.

Delimitados así los términos del debate planteado en esta sede y los criterios de enjuiciamiento constitucional del mismo, puede ya precisarse que el objeto de la presente demanda de amparo consiste en determinar si la interpretación de la norma penal hecha por el órgano judicial es compatible con los derechos fundamentales alegados y, por tanto, si la condena penal impugnada

constituye o no una decisión constitucionalmente legítima. Pues, como este Tribunal declaró en la STC 111/1993, de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales dado que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5).

Para poder apreciar si la condena penal impuesta a la demandante por delitos de calumnia e injuria es acorde con el ejercicio del derecho de defensa de sus intereses legítimos, que hemos declarado justifica una libertad de expresión que es especialmente resistente a restricciones que en otros contextos pueden operar (STC 155/2006, de 22 de mayo, FJ 4), debemos analizar si las afirmaciones y expresiones utilizadas en la demanda civil –únicas a las que la Sentencia condenatoria concreta su enjuiciamiento– resultaban justificadas por las exigencias del derecho de defensa. Para ello deberán tenerse en cuenta la pretensión ejercitada, su naturaleza y justificación, así como el contexto procesal en el que han sido empleadas.

En el caso analizado, la demanda civil reclamaba judicialmente, al amparo de lo previsto en el artículo 158.3 del Código Civil –hoy, apartado 4–, que se atribuyera a la abuela paterna la guarda y custodia de su nieta, al considerar que, a la vista del trato recibido de su madre, tal medida era una de las disposiciones que «a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios», según reza la dicción del precepto legal invocado, podía el juzgador acordar.

Para justificar en la demanda el peligro o los perjuicios que trataban de evitarse se hace en la misma una narración de hechos que, sintéticamente expuesta, se refiere a los siguientes: la antecedente toxicomanía del padre de la menor (que era hijo de la demandante de amparo); el fallecimiento del mismo (acaecido escasos meses después del nacimiento de la hija, a consecuencia de su adicción al consumo de heroína); las exigencias económicas que la madre le imponía para dejarles ver a la menor, que se iniciaron, según se afirma, tras el fallecimiento del padre; la necesidad que tuvieron dichos abuelos de acudir a la vía judicial para obtener un régimen de visitas a la menor y la posterior ampliación del mismo; la supuesta desatención materna en la que, en sus dos primeros años de vida, vivió la niña; las dos denuncias penales que la abuela presentó contra la madre de la menor (por abusos sexuales y desatención) y como fueron sobreesididas al no resultar acreditados los hechos y, finalmente, su azarosa escolarización. En dos ocasiones, al narrar las anteriores vicisitudes,

en la demanda se expresa la convicción, arraigada en la demandante de amparo, de que la madre de su nieta es toxicómana. Y así, expresa su sospecha de que el dinero que les pide a los abuelos es para atender dicha drogodependencia. Por último, afirma que la madre de su nieta llegó a ser detenida por la policía como sospechosa de traficar con drogas.

Del contexto familiar descrito caben destacar dos circunstancias relevantes: la primera y si duda principal de ellas viene dada por la constatación de que las imputaciones realizadas por la abuela a la madre de la menor se producen en el marco de una relación acreditadamente conflictiva entre ambas, con motivo de su agria disputa por la forma de ejercer el cuidado de la menor a partir del fallecimiento de su padre. E igualmente es relevante el dato de que en los primeros años de vida de la menor, sus abuelos mantuvieron a ésta viviendo consigo durante muchos meses, tal y como la propia querellante declaró en las actuaciones (al folio 51). Lo expuesto evidencia que, en una primera aproximación, la pretensión ejercitada en la demanda civil en cuyo fundamento vierte las afirmaciones objeto de querrela, no puede reputarse como gratuita ni escasamente fundada desde la perspectiva que interesa en esta sede; dicho ello, naturalmente, con absoluta independencia de que le asista mayor, menor o ninguna razón para obtener o compartir dicha custodia, cuestión que corresponde decidir en exclusiva al órgano judicial competente.

Coincidimos con el Ministerio Fiscal en que, dado el contenido de la pretensión civil ejercitada, la misma, en cuanto solicitaba la privación a la madre de sus facultades de guarda y custodia, sólo podía apoyarse en la comunicación al juzgador de determinados aspectos de la conducta materna que pusieran de relieve su inhabilidad para el ejercicio de las funciones tuitivas en que la patria potestad consiste. En esa medida resulta evidente que las afirmaciones de hecho que se han considerado delictivas guardan estrecha relación y conexión con la pretensión ejercitada, es decir, no son gratuitas ni innecesarias sino vinculadas al fin de defensa de la pretensión actuada en el proceso civil.

Por tanto, no es el ámbito al que se refieren las afirmaciones de hecho que sustentan la demanda lo que las convertiría en reprochables y ajenas al marco de la debida defensa de la pretensión ejercitada, sino su supuesta mendacidad, que la Sentencia impugnada afirma. Para justificar tal calificación (FJ 2), la Sentencia impugnada afirma que la querellada no acreditó en el proceso civil la verdad de sus imputaciones y que las mismas se han visto desmentidas por personas de crédito que intervinieron como testigos en el proceso. Tal razonamiento ni se ve absolutamente confirmado por el contenido de las actuaciones, como puso de relieve

el Juez de primera instancia al justificar su decisión absolutoria, ni toma en consideración el contenido del derecho de defensa que ha sido alegado, pues somete la legitimidad de las afirmaciones que sustentan la demanda a la valoración judicial posterior que se haga sobre su grado de acreditación, y no a su conexión con el objeto del litigio, a su innecesariedad a los fines de defensa de los propios intereses alegados y a la exclusión del insulto y la descalificación gratuitas.

Y así, en relación con la alegada toxicomanía que en la demanda se imputó a la madre de la menor, es cierto que la misma no ha sido probada en el proceso civil y, por ello, no ha sido tomada en consideración para justificar la pretensión de privación de la guarda y custodia de su hija. Pero también es cierto que, en su interrogatorio, la querellada explicó de forma razonada que de tal información tuvo conocimiento a través de su hijo toxicómano (después fallecido) y que apreció en la madre de su nieta síntomas semejantes a los que había apreciado en su hijo. A lo anterior se ha de añadir que otra hija de la querellante declaró en el juicio oral (folio 522) que creía que su madre era toxicómana, que se lo dijo un tío suyo y que tal convicción se la transmitió a la demandante de amparo. En tales circunstancias, la convicción subjetiva de la demandante podrá o no ser afortunada, podrá tener mayor o menor grado de acreditación y base objetiva, pero no se ha formado en el vacío, ausente de cualquier justificación, sino bajo el impacto y la realidad de la drogodependencia de su hijo y, según afirma la demandante, de los comentarios que, al respecto, éste le hizo antes de fallecer. Lo mismo ocurre con la afirmación según la cual la querellante habría sido detenida en relación con el tráfico de drogas (folio 116, ante el Juez de Instrucción, y folio 518, en el juicio oral). La demandante no ha aportado prueba adicional de su afirmación al margen de la referencia a que tal suceso le fue narrado por su hijo. Tal explicación ha de ser tenida por suficiente, en el contexto familiar que ha sido ya descrito, para considerarla conforme al ejercicio del derecho de defensa, al margen de que la Jefatura Superior de Policía de Zaragoza informara de que no constaban esos antecedentes policiales en dicha demarca-

ción, pues no sería tal falta de acreditación, sino la mendacidad de las imputaciones, lo que permitiría calificar las mismas como gratuitas.

De la misma manera (cualquiera que sea su grado de certeza o acreditación) tampoco pueden ser consideradas innecesarias, manifiestamente falsas o ajenas al debate procesal las valoraciones que la demandante hizo acerca del desarrollo físico y la atención médica de la menor durante los dos primeros años de su vida (1993 a 1995), pues se trata de simples valoraciones subjetivas referidas a un período de tiempo que no ha sido objeto de análisis en el proceso previo, ya que las valoraciones de la Dra. Jaquotot Sáenz a las que se remite la Sentencia impugnada para apoyar su condena (FJ 2, que remite al folio 236) se refieren al año 1997 y siguientes, y no a fechas anteriores, que son las relatadas en la demanda civil. A lo que se ha de añadir, como señala el Ministerio Fiscal, que no puede obviarse la realidad de que, en una materia tan delicada como la que se refiere a las complejas relaciones interpersonales en el seno familiar, la particular percepción de la querellada, abuela de la menor cuya guarda y custodia pretende, que la ha tenido temporadas a su cuidado y que eventualmente se ha hecho cargo de su asistencia médica, haya interiorizado determinados acontecimientos de forma tal que le condujeran a conclusiones propiciadas por un subjetivismo incompatible con un grado total o absoluto de correspondencia con la situación real. Dicho de otro modo, las consideraciones vertidas en la demanda a las que nos venimos refiriendo, podrán ser, o no, compartidas por los órganos encargados de su enjuiciamiento a efectos de justificar la pretensión ejercitada, pero no puede predicarse de las mismas que no se ordenasen a la defensa de sus intereses y que, por ello, dejen de encontrar cobertura o justificación en el ejercicio del derecho de defensa garantizado por la Constitución.

La conclusión de todo lo hasta aquí razonado nos conduce necesariamente a declarar que la condena penal impugnada ha desconocido el derecho de defensa en relación con los de libre expresión e información que, en el proceso civil del que trae causa la querrela por la que fue condenada, asistía a la demandante de amparo.

FILIACIÓN

Interpretación espiritualizada de la exigencia de aportación de un principio de prueba con la demanda de reclamación de paternidad, en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Fidel promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de filiación extramatrimonial contra doña Juana solicitando que se dictase sentencia en la que se declare, que la niña Pilar, es hija del demandante Fidel y de la demandada Juana, y, una vez firme la misma, se proceda a rectificar el asiento correspondiente a la inscripción de nacimiento de Pilar, que consta como nacida el día 27 de junio de 1998, recogiendo la filiación respecto del demandante, para lo que se pondrá en conocimiento del Sr. Juez Encargado del Registro Civil de Fuente Vaqueros y la condena en costas por su temeridad y mala fe y por el perjuicio que causa a su hija el hecho de su obcecación al negar una realidad que obliga a la interposición de esta demanda con los gastos que ello comporta.
- ⊙ Doña Juana se personó en autos y contestó a la demanda solicitando su desestimación.
- ⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Santa Fe dictó Sentencia el 26 de abril de 2000 estimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Granada dictó Sentencia el 7 de diciembre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por doña Juana.
- ⊙ Doña Juana interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se alega la infracción del artículo 127 del Código Civil, con producción de indefensión a la demandada, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha valorado que, al admitirse a trámite la demanda, se vulneró el precepto indicado, el cual determina que ésta no se admitirá si con ella no se presenta

un principio de prueba de los hechos en que se funda, y, aunque con mención a esta norma, hoy derogada por la Disposición Derogatoria Única, Punto 2, de Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, pero vigente en el momento de la presentación del escrito inicial, la uniforme y consolidada doctrina de esa Sala hizo una interpretación espiritualizada

de la exigencia del párrafo segundo del artículo 127, en el sentido de que bastaba con que en la demanda constase la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado, y, de este modo, pudiera llevarse a cabo un control de la razonabilidad de la misma, es lo cierto, que, en el presente caso, no se hizo allí relato de hechos donde se describiese la relación de amistad íntima invocada, ni se mencionaba la realización de pruebas tendentes a ello, y se ofrecía como único principio de prueba la declaración jurada de los padres del actor, donde se manifestaba que su hijo había tenido relaciones de amistad íntima con la demandada y, por consiguiente, con tan escaso bagaje de suministro de hechos y la carencia de ofrecimiento de prueba alguna, la demanda no debió ser admitida— se desestima porque el artículo 127 disponía que con la demanda se había de presentar un «principio de prueba», para evitar pleitos que afectasen a la intimidad de las familias, pero reconocida ya constitucionalmente la libre investigación de la paternidad, y declarado por esta Sala que debe prevalecer la verdad biológica, consideramos aquí que el requisito se cumplió, máxime cuando las sentencias de instancia y de apelación, fallan a favor de la reclamación de paternidad, lo que quiere decir que había pruebas suficientes, y sin que en modo alguno la recurrente pueda hablar de indefensión cuando tuvo a su alcance todos los medios que el derecho le proporciona para oponerse a la demanda.

El motivo segundo del recurso se alega la transgresión del artículo 133 del Código Civil, por falta de legitimación *ad causam* del demandante, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia ha acogido la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, sin que el demandante tuviese la posesión de estado— se desestima, de acuerdo con lo expuesto en el dictamen del Ministerio Fiscal, porque esta Sala tiene declarado que el padre biológico tiene legitimación para reclamar la filiación no matrimonial aunque falte la posesión de estado, y frente a una mera versión literalista de los artículos 133 y 134 del Código Civil, que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, correspondería al hijo durante toda su vida, la jurisprudencia ha optado por una interpretación flexible, que resulta más acomodada a los principios y la filosofía de la institución de la filiación, y así, toda vez que el artículo 134 legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también está habilitado para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial (STS de 23 de marzo de 2002).

Por demás, conviene traer a colación la STC número 273/2005, de 27 de octubre, la cual con

relación a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real respecto al párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, en cuanto restringe al hijo la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial cuando no exista posición de estado, ha declarado que, cuando falta el presupuesto de la posesión de estado, el artículo 133 del Código Civil sólo otorga la legitimación al hijo durante toda su vida y, bajo determinadas condiciones, también a sus herederos, mas no —en la literalidad del precepto— al progenitor, de manera que se ha primado así el interés del hijo, dotándolo de los instrumentos necesarios para el establecimiento de la verdad biológica que hagan efectivo el mandato del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento y que permitan obtener el cumplimiento por parte de los padres de sus deberes respecto de los hijos menores, en especial, el de prestarles la asistencia precisa durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (artículo 39.3 CE); al mismo tiempo, y en conexión con el *favor filii*, el legislador ha dado mayor relevancia a la seguridad familiar, evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto.

Asimismo, esta STC manifiesta que resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (artículo 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en el estado civil de las personas, sin embargo, en tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la cuestión de inconstitucionalidad antes referida, el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial; y, en efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas, con lo que el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber

sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, a tal efecto, se prevé que «en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde» (artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, anteriormente, el derogado artículo 127 del Código Civil). En definitiva, la STC que nos ocupa ha resuelto que la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y ha declarado la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil.

El motivo tercero del recurso –al amparo del artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de los artículos 506, 565 y 566 de este Cuerpo Legal y 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que, según reprocha, la traída a los autos de la fotocopia testimoniada del acta del Juicio de Faltas número 243/98 del Juzgado de Instrucción número 2 de Santa Fe (Granada) quebranta la norma contenida en el citado artículo 506, por la que no se podía admitir a las partes otros documentos que los que se hallaren en alguno de los casos citados en el precepto, e, igualmente, infringe los artículos 565 y 566 de la misma Ley, que obligan al Juez a repeler de oficio la prueba que no se concrete a los hechos fijados definitivamente en la demanda y en la contestación– se desestima porque la recurrente dice que es extemporánea la traída a los autos de la fotocopia testimoniada del Acta del Juicio de Faltas, por lo que pidió la nulidad de actuaciones, pero, como señala la Audiencia, dicha prueba no es de los documentos a que se refiere el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues es evidente que el hecho de la generación o la realidad biológica no puede fundarse en documento alguno, sino

que el mismo sólo podía ser considerado como un importante indicio a conjugar con las demás pruebas que se practicaron; y, además, como también se ha manifestado en la instancia, su presentación venía justificada para desvirtuar la negativa total de la recurrente a los hechos, y dado el interés público de los procesos de filiación, podría incluso ser aportado de oficio; todos cuyos razonamientos son aceptados por esta Sala.

El motivo quinto del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 135 del Código Civil, debido a que, según aduce, la sentencia recurrida, igual que la de instancia, ha estimado la acción de paternidad extramatrimonial ejercitada en la demanda, con base en dos datos, de un lado, el Acta de un Juicio de Faltas en que la demandada admitió que el demandante era el padre de la hija, y de otro, la negativa de la demandada a someterse a la práctica de las pruebas de paternidad, los cuales representan dos indicios, a los que no se une prueba alguna, por lo que no está acreditada la paternidad matrimonial solicitada por el actor– se desestima porque la sentencia de la Audiencia ha aplicado correctamente la doctrina de esa Sala, sobre la negativa a someterse a las pruebas biológicas de paternidad, en atención a que, como ha declarado la STS de 11 de marzo de 2003, «la negativa a someterse a la prueba biológica no es una *ficta confessio* que implique *per se* la declaración de paternidad, sino que, unida a otras pruebas, a otros indicios o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Es decir, el demandado (en este caso, la demandada) no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias. Someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba y probar que no es el padre desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa (Cfr. STC 1.ª número 7/1994, de 17 de enero, y STS de 3 de noviembre de 2001)», cuya posición jurisprudencial es de aplicación para el decaimiento del motivo.

FILIACIÓN

Declaración de maternidad respecto del actor que en su día fue inscrito como hijo de mujer con nombre propio distinto del verdadero para no descubrir su condición de madre soltera al haber quedado acreditada la constante posesión de estado de aquél, aun cuando el hermano se haya opuesto a la estimación de la demanda y no se haya practicado la prueba biológica.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Cosme presentó demanda de menor cuantía contra don Eugenio solicitando se dictara sentencia por la que: 1) Se declare que doña Inmaculada es madre extramatrimonial por naturaleza de don Cosme, practicándose la oportuna inscripción registral. 2) Se declare la nulidad del reconocimiento efectuado por doña Alejandra con la subsiguiente cancelación de los asientos registrales correspondientes. 3) Se condene a pagar las costas del presente procedimiento al demandado.
- ⊙ Don Eugenio compareció y contestó a la demanda, mediante Procurador y Abogado de oficio, solicitando no se diera lugar a la misma y se le absolviera con expresa imposición de costas al actor.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Badalona dictó Sentencia el 25 de junio de 1998 estimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 30 de noviembre de 2000 desestimando el recurso, confirmando la resolución apelada e imponiendo al recurrente las costas de la apelación.
- ⊙ Don Eugenio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El actor pidió en su demanda la declaración de que su madre extramatrimonial por naturaleza era doña Inmaculada, ya fallecida, pese a aparecer inscrito en el Registro Civil como hijo natural de doña Alejandra. Dirigida dicha demanda contra quien registralmente era el único hijo de doña Inmaculada, nacido de matrimonio contraído por ella casi trece años después del nacimiento del demandante, la pretensión se fundaba esencialmente en que doña Alejandra nunca había existido, tratándose de un nombre figurado para ocultar la condición de madre soltera de doña Inmaculada en el entorno de un pequeño pueblo serrano de la provincia de Huelva en el año 1931, razón por la cual, además, el alumbramiento se había producido

en Sevilla; se alegaba también que, sin embargo, la verdad acabó siendo de dominio público y que tras casarse doña Inmaculada y nacer el demandado, a éste nunca se le había ocultado su parentesco con el actor, «aceptando ambos dicha relación desde el principio y tratándose siempre como hermanos»; se dedicaba en la misma demanda especial atención a la coincidencia de los datos atribuidos en la inscripción de nacimiento del actor a una inexistente doña Alejandra, pues doña Inmaculada nunca había tenido hermanas, con los reales de doña Inmaculada, tales como edad (23 años), naturaleza y vecindad (el referido pueblo serrano) y nombres de sus padres, abuelos maternos del nacido (don Ángel y doña Lina), así como a que en su Documento Nacional

de Identidad el actor sí figurase como hijo de doña Inmaculada; se aducía que actor y demandado siempre habían sido tratados como hermanos, tanto entre ellos como por su madre y el marido de ésta, así como por toda la familia y vecinos; y en fin, se justificaba la interposición de la demanda porque, fallecida doña Inmaculada el 11 de septiembre de 1988 sin haber otorgado testamento, el demandado había tenido conocimiento de la partida de nacimiento del actor y desde entonces negaba cualquier relación fraterna con éste para, en cambio, manifestar que él era el único hijo de la difunta doña Inmaculada y por tanto su único heredero.

En su contestación a la demanda el demandado negó rotundamente que su madre doña Inmaculada lo fuera también del demandante y asimismo negó que se les hubiera tratado como hermanos, alegando que al actor «se le consideró como un tío de la familia, debido a su edad».

La sentencia de primera instancia estimó totalmente la demanda razonando que doña Alejandra, supuesta madre del actor, no aparecía inscrita en el Registro Civil del pueblo cuya naturaleza le atribuía la inscripción de nacimiento del actor; que según la prueba testifical era público y notorio en dicho pueblo que actor y demandado eran hermanos de madre y que a aquél siempre se le había tratado como hijo de doña Inmaculada; que el actor siempre tuvo posesión de estado como hijo de ésta; y que a tan contundente material probatorio se unía la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, el tribunal de segunda instancia lo desestimó analizando muy minuciosamente la prueba testifical; valorando la conducta procesal del demandado que, pese a alegar que al actor se le consideraba «como de la familia», ni siquiera preguntaba a los testigos del actor que, por ser familiares, habrían podido aclarar dicha circunstancia; destacando la coincidencia de los datos atribuidos a doña Alejandra en la inscripción de nacimiento del actor con los reales de doña Inmaculada; aceptando como lógica la explicación de que se utilizara ese nombre de Alejandra por los condicionamientos sociales de la época; y en fin, teniendo por tan rotunda y contundente la prueba de la posesión de estado y por tan carente de prueba la versión ofrecida por el demandado sobre el trato al actor «como» un tío de la familia, que la falta de prueba biológica no suponía obstáculo alguno para la estimación de la demanda.

El primer motivo se ampara en el ordinal 3.º del citado artículo 1692 y presenta dos vertientes: de un lado se alega infracción del párrafo segundo del hoy derogado artículo 127 CC, cuyo equivalente se encuentra en el artículo 767.1 de la vigente LEC,

por entender el recurrente que con la demanda no se presentó el principio de prueba exigido por dicha norma; y de otro, se cita como infringido el artículo 24.1 de la Constitución por haberse valorado la falta de prueba biológica en contra del demandado-recurrente pese a no serle imputable negativa ni reticencia alguna a colaborar en su práctica.

En el primer aspecto el motivo no puede ser estimado, hasta el punto de que su propio alegato contiene argumentos más que suficientes en contra de su viabilidad, pues si el recurrente mismo reconoce que con la demanda se aportaron unas fotografías en las que aparecían los dos litigantes junto con doña Inmaculada y el marido de ésta, así como unas actas notariales de manifestación de distintas personas afirmando que el actor era hijo de doña Inmaculada, claro está que el mencionado requisito de admisibilidad de la demanda quedó más que suficientemente cumplido y que lo que el recurrente hace en este motivo es confundir el principio de prueba con la prueba efectiva de los hechos constitutivos de la demanda. Sabido es que la jurisprudencia de esta Sala ha flexibilizado significativamente el requisito de que se trata hasta el extremo de considerar bastante el ofrecimiento de pruebas a practicar en su día de modo que la demanda ofrezca una razonable verosimilitud (SSTS de 6 y 20 de octubre de 1993, 3 de septiembre de 1996, 3 de octubre de 1998 y 7 de julio de 2003 entre otras muchas), razón por la cual se considera cumplido por esta Sala mediante la aportación de actas notariales como las acompañadas con la demanda aquí examinada e incluso sin necesidad de documento alguno. Por eso la Sentencia de 1 de octubre de 1999 citada en el motivo no apoya la tesis del recurrente sino todo lo contrario, pues claramente distingue, respecto de las actas notariales de manifestación acompañadas con una demanda de filiación, entre su valor como principio de prueba, que no niega, y su valor como efectiva prueba practicada en el proceso. Finalmente, no puede dejar de señalarse la falta de constancia de recurso de reposición contra la admisión a trámite de la demanda así como de cualquier otra reclamación del hoy recurrente antes de recurrir en casación, lo que impide estimar el motivo también por aplicación del artículo 1693 LEC de 1881 (SSTS de 3 de septiembre de 1996 y 16 de enero de 1999).

En cuanto a la otra vertiente del motivo, tampoco puede ser acogido el planteamiento del recurrente, ya que la valoración de su conducta como negativa u obstruccionista respecto de la prueba biológica sólo es fundamento de la sentencia de primera instancia, no de la de apelación, que es contra la cual se dirige este recurso de casación. Así, basta con leer esta última sentencia para comprobar que la falta u omisión de prueba biológica

no se menciona como algo reprochable al demandado-recurrente, sino como un dato no decisivo ante la rotundidad de otras pruebas efectivamente practicadas que conducían necesariamente a la estimación de la demanda. Por otra parte, no puede dejar de considerarse que el hoy recurrente nunca se quejó de la falta de práctica de la prueba biológica, acordada en su momento no a petición de él sino de la parte contraria, pues lo que alegó en su escrito de resumen de pruebas es que del informe remitido en su día al Juzgado por la perito designada para practicarla se desprendería la imposibilidad de probar que el actor fuera hermano suyo, lo que en definitiva viene a corroborar el acierto del tribunal de apelación al prescindir de dicha prueba toda vez que dicho informe, tras constatar que el hoy recurrente no se había personado en la consulta de la doctora ni solicitado hora a tal efecto, ponía en conocimiento del juez la casi segura imposibilidad de realizar un estudio concluyente por ser precisa para ello la exhumación del cadáver de doña Inmaculada y resultar probable que, dado el tiempo transcurrido desde su fallecimiento, el estado de sus restos no permitiera la obtención de ADN en buenas condiciones.

El motivo segundo y último del recurso se formula al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC de 1881 y se funda en infracción del «artículo 131 del Código Civil y 135 del mismo cuerpo legal, por entender que no concurre ninguna de las circunstancias recogidas en la norma civil para poder declarar la filiación pretendida, produciéndose asimismo infracción de preceptos sustantivos de prueba y de su valoración al amparo entre otros de los artículos 1248 y 1253 del Código Civil y 659 de la norma procesal, y de la jurisprudencia».

Semejante formulación delata ya, por sí sola, la inviabilidad casacional de este motivo, pues claramente se advierte que no pretende otra cosa que una nueva valoración conjunta de la prueba por esta Sala, órgano de casación que no debe ejercer facultades propias de los de instancia, salvo previa estimación de un motivo en los casos del artículo 1715.1.2.º LEC de 1881, sino determinar si la sentencia impugnada infringió o no el ordenamiento jurídico. De ahí que resulte de todo punto improcedente acometer la revisión crítica que este motivo propone respecto de todas las pruebas practicadas, incluidas las testificales con cita casacionalmente inadecuada de los artículos 1248 CC y 659 LEC de 1881 (SSTS de 9 de febrero de 1993, 20 de julio de 1995, 1 de septiembre de 1997 y 16 de octubre de 1999 entre otras muchas), y mezclando estos preceptos a su vez con el artículo 1253 CC, porque si algo hay indiscutible es que mientras todas las pruebas practicadas, menos lógicamente la inscripción de nacimiento del actor, corroboraban los hechos de la demanda en cuanto a la posesión de estado del demandante como hijo de doña Inmaculada y hermano de madre del demandado, en cambio la tesis tan vaga como lacónicamente mantenida por el hoy recurrente en su contestación, es decir que al actor se le consideraba «como un tío de la familia», quedó por completo falta de prueba, principalmente por su propia inactividad al respecto, siendo doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de posesión de estado en los procesos de filiación es cuestión de hecho confiada a la apreciación de los órganos de instancia (SSTS de 29 de mayo de 1984, 5 de noviembre de 1987, 17 de marzo de 1988, 14 de noviembre de 1992, 2 de marzo de 1994, 6 de mayo de 1997 y 29 de julio de 1997 entre otras).

VIVIENDA FAMILIAR

No habiéndose establecido límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar que pertenece a una comunidad de bienes, se considera extinguido el mismo cuando las hijas alcanzaron la mayoría de edad, y siendo ambas mayores de edad, tal atribución no se constituye en un obstáculo para la división de la cosa común.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Germán, don Luis Andrés y don José Manuel son propietarios pro indiviso en terceras partes y por título de herencia de una vivienda sita en Madrid.

⊙ En el convenio regulador de la separación de don José Manuel y doña Antonieta se acordó que «del en su día domicilio conyugal, sito en Madrid, seguirá disfrutando la esposa en compañía de sus hijas». Las hijas del matrimonio habían nacido el 21 de febrero de 1983, una, y el 20 de junio de 1984, la otra. El 21 de junio de 1998 se dictó sentencia de separación.

⊙ Don Germán y don Luis Andrés formularon demanda de menor cuantía sobre acción de división de cosa común contra doña Antonieta y don José Manuel solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: «1. El derecho de mis mandantes a cesar en la comunidad de bienes, así como la propia extinción de la misma, declarando pertinente la venta de la finca por ser física y jurídicamente indivisible. 2. Que, en ejecución de sentencia, se proceda a: A) vender la finca litigiosa en pública subasta con admisión de licitadores extraños. B) con el producto de la venta se abonen los gastos que la misma origine a quien los hubiera soportado, se satisfagan los créditos que ostenten aquellos acreedores reconocidos en este procedimiento y se distribuya a partes iguales entre los dueños el remanente que quede tras los pagos que deban realizarse. 3. La condena en costas a quien se oponga a la acción ejercitada».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se personaron en autos doña Antonieta y don José Manuel quienes solicitaron se dictase sentencia declarando: 1.º) La disolución de la Comunidad de propietarios de la relacionada finca de dicho inmueble sito en Madrid, y ordenando el cese del indiviso en que en la actualidad se halla la citada finca. Asimismo formularon demanda reconvencional en la que solicitaban que se dictara sentencia por la que se declare: «1.º) Que los demandantes don Luis Andrés y don Germán, así como mi poderdante doña Antonieta, esta última como cesionaria del derecho de propiedad de su esposo don José Manuel, son propietarios de la finca objeto de autos en la proporción de un tercio para don Germán, un tercio para don Luis Andrés y un tercio para doña Antonieta. 2.º) Que la finca objeto de autos constituye el domicilio conyugal de doña Antonieta y las hijas habidas del matrimonio formado por ésta y por don José Manuel, Estíbaliz y Constanza de 12 y 11 años de edad respectivamente, por lo que no es procedente llevar a efecto la división material de la finca de autos por constituir la misma un domicilio conyugal acordado en un proceso de separación. 3.º) Que se adjudique la finca de autos a quien de los partícipes lo solicite pagando el copropietario que se quede con la finca el precio de tasación judicial a los otros copropietarios y, alternativamente, y caso de no ser esto posible por interés en la adjudicación de algunos o todos los copropietarios o no interese a ninguno de ellos, acordar se proceda a la venta en pública subasta de la finca de autos, con admisión de licitadores extraños, con la limitación de que dicha venta en pública subasta solamente se realizará una vez cumplida la mayoría de edad de las menores Estíbaliz y Constanza, hijas del matrimonio formado por don José Manuel y doña Antonieta, capitalizando, entre tanto, hasta dicha mayoría de edad las rentas por el uso de la vivienda con cargo a sus moradores, cuyo producto lo percibirían los copropietarios hoy actores, asumiendo todos o parte de los gastos de comunidad la codemandada doña Antonieta».

⊙ Dado traslado de la reconvención, don Germán y don Luis Andrés contestaron a la misma solicitando que se «dicte Auto por el que se tenga a esta parte por desistida de la continuación del procedimiento únicamente respecto de don José Manuel, sin imposición de costas al no mediar temeridad ni mala fe en mi mandante por el hecho de llamar al proceso al cedente, pues no se conocía la existencia de la cesión de derechos referida».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 59 de Madrid dictó Sentencia el 26 de septiembre de 1996 cuyo FALLO es como sigue: «Que estimando como estimo en parte la demanda interpuesta por don Germán y don Luis Andrés contra don José Manuel (de quien desistieron) y doña Antonieta, así como también en parte la demanda reconvencional deducida por éstos frente a aquéllos, debo declarar y declaro que don Germán, don Luis Andrés y doña Antonieta, son copropietarios en terceras e

iguales partes de la vivienda descrita en los antecedentes de esta resolución, vivienda que constituye el domicilio familiar de doña Antonieta y sus dos menores hijas Estíbaliz y Constanza, asignado por Sentencia de separación de aquélla y de don José Manuel; declaro igualmente el derecho de los litigantes a cesar en la comunidad de bienes por medio de la división de la vivienda común, declarando pertinente la venta de la finca al ser materialmente indivisible, y sólo de no mediar previo acuerdo en adjudicarla a uno de los partícipes indemnizando éste al resto; procediendo la falta de acuerdo, en ejecución de Sentencia, a vender la finca en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, por sus trámites legales específicos, condenando a las partes a estar y pasar por estas declaraciones, y a abonar con el producto de la venta los gastos que se originen a quien los hubiera soportado, y distribuyendo a partes iguales entre los dueños el remanente. Y todo ello con la salvaguarda del derecho de uso reconocido en sentencia matrimonial a doña Antonieta, que no podrá quedar menoscabado por la ejecución de esta sentencia, en tanto dicho derecho subsista, y la condena en costas a ninguna de las partes».

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 14.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 24 de marzo de 1999 confirmando la resolución de instancia excepto el pronunciamiento relativo a la salvaguarda del derecho de uso, de forma que las adjudicaciones que puedan realizarse en ejecución de sentencia, serán libres del uso a que se refiere esta resolución.
- ⊙ Don José Manuel y doña Antonieta interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación interpuesto se integra por dos motivos, en el primero se alega la indebida aplicación del artículo 96, pár. 1.º del Código Civil, y el motivo segundo invoca como infringido el artículo 400 del mismo Código, en cuanto han de ser compatibles la división de la vivienda familiar con el uso de la misma atribuido en sentencia de separación; la tesis impugnatoria de ambos motivos se centra en la subsistencia del derecho de uso reconocido a la esposa e hijas en el convenio de separación judicialmente homologado, por lo que ambos motivos han de ser resueltos conjuntamente.

El derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad. En el presente caso, ni en el convenio regulador de los efectos de su separación matrimonial suscrito por los ahora recurrentes, ni en la sentencia que decretó su separación, se fijó ningún límite temporal del derecho de uso al amparo del artículo 96.3 del Código Civil en razón a existir dos hijas del matrimonio menores de edad cuya guarda y custodia se encomendaba a la madre. En consecuencia, el derecho de uso reconocido lo era con el límite

temporal de la adquisición de la mayoría de edad de la menor de las hijas del matrimonio, la nacida en 20 de junio de 1984, y así lo reconocen los demandados-reconvinentes al solicitar en el suplico de su demanda reconvenicional que se realizase la subasta, caso de que ésta se acordase, una vez cumplida la mayoría de edad de las hijas menores del matrimonio.

Al día de hoy tal mayoría de edad ya ha sido alcanzada por ambas hijas del matrimonio por lo que el derecho de uso reconocido, se reitera, en razón a la minoridad de las hijas del matrimonio, ha quedado extinguido, por lo que sería contrario a las más elementales reglas de la lógica hacer recaer sobre los posibles terceros adquirentes y sobre los copropietarios no obligados a prestar esa obligación en que consiste el derecho de uso, las consecuencias de un derecho ya extinguido; la limitación temporal a la celebración de la subasta que solicitaban los aquí recurrentes carece ya de sentido al haber desaparecido el supuesto de hecho —la persistencia de la menor edad de las hijas del matrimonio— en que se fundaba esa petición.

VIVIENDA FAMILIAR

No existe ningún obstáculo para ejercitar la acción de división de cosa común de una vivienda cuyo uso tiene atribuido la esposa por la sentencia matrimonial, si bien dicho uso deberá ser respetado.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Ismael formuló demanda contra su ex esposa doña Verónica solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase la división de cosa común el piso y las tres plazas de aparcamiento sitios en Barcelona y que el mismo es indivisible; que se saquen a pública subasta; que se entregue y pague a la actora la mitad del precio que se obtenga de la subasta y que se condene en costas a la demandada, si se opusiera a la demanda.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Verónica 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 desestimase la demanda, al tiempo que formulaba reconvencción solicitando la división de otro inmueble, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia en la que se disponga: A) Que, conforme al artículo 404 del CC, por ser las fincas objeto de la presente acción esencialmente indivisibles, se saquen a la venta a través de Agente de la Propiedad Inmobiliaria que, a falta de acuerdo entre las partes, sea designado por el juzgado; y que del precio obtenido por la venta se satisfaga a la reconviniente, doña Verónica, la mitad y que la otra mitad se pague a la parte reconvenida, como pago de sus respectivas cuotas de comunidad. B) Que, de no estimarse procedente lo anterior, se declare la indivisibilidad de la cosa y se ordene que se saque a la venta el bien y que del precio obtenido por la venta se satisfaga a la reconviniente, doña Verónica, la mitad y que la otra mitad se pague a la parte reconvenida, como pago de sus respectivas cuotas de comunidad. En este caso, la parte reconviniente se reserva, a falta de acuerdo con el reconvenido, el derecho a instar la subasta pública o voluntaria del mismo en ejecución de sentencia. C) Que se condene en costas a la reconvenida si se opusiera a la reconvencción.»
- ⊙ Dado traslado de la reconvencción a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que«... dicte sentencia en la que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, se declare no haber lugar a la división de la cosa común, sita en Palafrugell (Girona). Y, alternativamente, y para el supuesto de que no se estimase la excepción de incompetencia de jurisdicción se acuerde la venta a través de agente de propiedad inmobiliaria, previa valoración de la finca en cuestión, repartiendo el valor obtenido entre las partes litigantes, con expresa condena en costas a la Sra. Verónica.»
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 27 de Barcelona dictó Sentencia con fecha 15 de diciembre de 1997 desestimando la demanda y estimando la reconvencción declaró la indivisibilidad de los bienes en comunidad descritos en el hecho primero de la reconvencción, ordenando su venta y reparto del precio al 50 % entre ambos litigantes y cuya venta se efectuará a través de Agente de la propiedad

inmobiliaria designado de común acuerdo, y, en su defecto, designado por insaculación en trámite de ejecución de sentencia, y con imposición al demandante-reconvenido de las costas causadas.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Barcelona, dictó Sentencia el 16 de marzo de 1999 estimando el recurso y revocándose parcialmente la misma, se estima demanda interpuesta por don Ismael contra doña Verónica, acordándose cesar la indivisión de los inmuebles que se describen en la demanda mediante su venta a través de agente de la propiedad inmobiliaria, con respeto del derecho de uso que sobre el mismo tiene atribuido judicialmente a la demandada, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de dicha sentencia. No se hace declaración alguna respecto del pago de las costas producidas en ambas instancias.
- ⊙ Doña Verónica interpuso recurso de casación que fue estimado únicamente respecto a las costas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Verónica alegó interés en su recurso la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial y, con carácter principal, que se dictase una nueva conforme a derecho según lo alegado por dicha parte, que en definitiva interesa el mantenimiento de la resolución dictada en primera instancia; y que, en caso de entrar a enjuiciar y apreciarse los motivos segundo o tercero del recurso, se anule la sentencia de la Audiencia Provincial y remita los autos nuevamente a la Sala de la Audiencia para que dicte nueva sentencia, apereciéndole de que lo haga motivando adecuadamente por qué desestima la defensa que interpuso la demandada de ejercicio abusivo de la acción o de mala fe.

El motivo básico del recurso, en lo que ahora nos interesa, se refiere a la infracción de lo dispuesto en el artículo 96, párrafo cuarto, del Código Civil y mantiene la necesidad de que, al constituir la división de cosa común un verdadero acto de disposición, concurra en todo caso la conformidad del cónyuge —en este caso la esposa demandada— que tenga atribuido el uso de la vivienda.

No obstante, 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, excónyuge, 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. En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Ejercitada una acción rescisoria por la esposa frente a una compraventa realizada por el esposo a favor de unos terceros, se considera caducada la acción al haberse ejercitado transcurrido el plazo de cuatro años, sin que pueda entenderse interrumpido el plazo por la interposición de una denuncia penal por la esposa frente al esposo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Por Sentencia de 9 de junio de 1988, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24 de Madrid acordó la separación de los cónyuges doña Lina y don Armando.
- ⦿ Con fecha 23 de junio de 1989, don Armando vendió un apartamento sito en Tabernes de Valldigna, Playa, adquirido en 1973 con carácter ganancial, a don Juan Miguel, casado con doña María Luisa.
- ⦿ Doña Lina interpuso demanda de menor cuantía contra don Armando y doña María Luisa y contra don Juan Miguel solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: A) La rescisión del contrato de compraventa suscrito entre las partes, con la consiguiente devolución del apartamento objeto del contrato, con sus frutos y del precio con sus intereses a la comunidad constituida por la sociedad de gananciales de mi representada. B) Y –subsidiariamente a lo anterior, para el supuesto de que no pueda restituirse el bien inmueble objeto de esta demanda– la obligación, a su vez, de los codemandados de indemnizar a mi representada por los daños y perjuicios que la enajenación le hubiera ocasionado, a determinar en ejecución de sentencia.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, compareciendo únicamente don Juan Miguel, que mediante su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia: «por la que estimando las excepciones formuladas se le absolviese de los pedimentos de la demanda y para el improbable supuesto de que así no fuera desestimar la demanda en todos sus procedimientos, con imposición de las costas a la parte actora».
- ⦿ Los demandados don Armando y doña María Luisa fueron declarados en rebeldía por su incomparecencia en autos.
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Sueca dictó Sentencia el 4 de diciembre de 1995 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 27 de mayo de 1998 estimando el recurso interpuesto por doña Lina, revocamos en todos sus extremos la sentencia de instancia, dando lugar a la demanda, y rescindiendo el contrato de compraventa suscrito por don Armando y otros en favor de don Juan Miguel y su esposa, con devolución del apartamento a la sociedad de gananciales compuesta por la actora y el Sr. Armando, así como los frutos e intereses del precio; e imponiendo las costas causadas en 1.ª Instancia a los codemandados y sin hacer imposición de costas en esta alzada.
- ⦿ Doña M.ª Luisa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La acción ejercitada la basaba la actora en que el apartamento había sido vendido sin su conocimiento ni consentimiento, y que el demandado adquirente era conocedor del carácter ganancial del bien.

El Juzgado de Primera Instancia estimó que la acción rescisoria ejercitada con fundamento en los artículos 1390 y 1391 del Código Civil estaba caducada al interponer la demanda el 2 de junio de 1994.

La Audiencia Provincial, por el contrario, consideró que no había caducado la acción rescisoria, puesto que el 17 de junio de 1991, a los dos años de haberse inscrito el contrato de compraventa, la actora presentó denuncia contra don Armando por presunto delito de fraude, conspiración y otros, y el procedimiento penal se sobreseyó, por lo que debe entenderse que el plazo de caducidad estuvo interrumpido desde el inicio de la causa penal en 1991 hasta su sobreseimiento en septiembre de 1993. Apreciado que la acción rescisoria se interpuso dentro del plazo de cuatro años (artículo 1299 del Código Civil), la Audiencia estimó la pretensión principal de la actora porque el apartamento era ganancial, por lo que a ella también le pertenecía, y no conoció ni autorizó su venta por su esposo solo, y de su conducta tuvo conocimiento por la inscripción en el Registro en favor de los esposos Juan Miguel y María Luisa.

En el primer motivo, la recurrente acusa infracción del artículo 1299 del Código civil en relación con el artículo 37 de la Ley Hipotecaria. Se funda en que la acción rescisoria fue ejercitada fuera de plazo legal de caducidad de cuatro años, sin que pueda interrumpirse por la denuncia que, dentro de su transcurso, efectuó la actora ante la jurisdicción penal, que, a mayor abundamiento, ni siquiera iba dirigida contra la actora sino contra don Armando. La recurrente, debe ser considerada como un tercero en las relaciones entre la actora y su esposo, y aplicable en consecuencia el artículo 37 en cuanto al plazo fijado en el mismo de caducidad de la acción rescisoria.

El motivo plantea el tema de la caducidad de la acción rescisoria sobre el que esta Sala ya se ha pronunciado ante la laguna del artículo 1299 del Código civil en relación con el *dies a quo* de su transcurso. Según su doctrina, aunque la acción pueda ejercitarse desde el acto fraudulento, si se oculta por no inscribirse en el Registro de la

Propiedad, el *dies a quo* es el de la inscripción en el mismo, salvo que se acredite que la víctima del fraude conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnado (Sentencias de 16 de febrero de 1993, 4 de septiembre de 1995 y 8 de marzo de 2003). Ciertamente que el artículo 37 de la Ley Hipotecaria señala como *dies a quo* el de la enajenación fraudulenta, pero el precepto es protector exclusivamente del tercero hipotecario, sin que pueda extenderse a supuestos en que no exista esta figura (Sentencia de 27 de enero de 2004).

Proyectadas estas consideraciones sobre el caso litigioso, tenemos que los esposos Juan Miguel y María Luisa adquirieron por escritura pública el 23 de junio de 1989, inscribiéndose su dominio en el Registro de la Propiedad el 23 de agosto del mismo año. La demanda de rescisión, basada en los artículos 1390 y 1391 del Código Civil, la interpuso la actora el 2 de junio de 1994, luego es obvio que lo hizo una vez transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años.

Sin embargo, la Audiencia estimó interrumpido tal plazo por la denuncia ante la jurisdicción penal que formuló la actora, reanudándose, una vez sobreseídas las diligencias penales en septiembre de 1993, lo que lleva a la sentencia recurrida, por aplicación del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a declarar ejercitada en plazo legal la acción rescisoria.

No comparte esta Sala tal criterio sobre la interrupción del plazo de caducidad, consecuentemente con su reiteradísima jurisprudencia según la cual aquél no es susceptible de interrupción (Sentencias, entre otras, de 25 de septiembre de 1950, 22 de mayo de 1965, 14 de marzo de 1970 y 26 de junio de 1974). Por otra parte, la apertura de la vía penal por la actora por los hechos que fundamentan, a su juicio, la acción rescisoria, no le hubiera impedido acudir a la vía civil con anterioridad, dejando patente y clara su voluntad rescisoria del negocio fraudulento, situación que hubiese originado la suspensión del proceso por lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Otra cosa significaría dejar a la voluntad del titular de la acción rescisoria el comienzo del plazo, lo que es opuesto a su naturaleza y finalidad.

Por todo ello el motivo se estima.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Falta de legitimación de la esposa para interponer una tercería de dominio por el embargo de bienes gananciales por deudas del esposo en el ejercicio del comercio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Carolina formuló demanda de tercería de dominio, en relación al procedimiento de embargo entablado por la Dirección Provincial de la Tesorería de la Seguridad Social, contra la entidad mercantil Comercial Picar, SL, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia «en la que se declare la improcedencia de la vía de apremio y embargo seguido contra los bienes objeto de este procedimiento».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos la Tesorería de la Seguridad Social, quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se desestime la demanda y se impongán las costas al demandante.
- ⊙ El codemandado, la entidad Comercial Picar, SL fue declarada en rebeldía.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 4 de octubre de 1997 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Tenerife dictó Sentencia el 30 de abril de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Carolina.
- ⊙ Doña Carolina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Desestimada la tercería de dominio interpuesta por doña Carolina, en el único motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 1378 y 1322 del Código Civil en relación con los artículos 1319 y 1365 del mismo Código.

Sienta la sentencia recurrida que los bienes objeto de la ampliación de embargo por la Tesorería de la Seguridad Social, a los que se contrae la tercería de dominio interpuesta, fueron adquiridos por el Sr. Picar, esposo de la tercerista, en su condición de administrador único de «Comercial Picar, SL», tratándose de bienes propios para el desarrollo de la actividad de dicha sociedad, lo que sería bastante, entiende esta Sala de casación para negar legitimación activa a la tercerista. Pero además señala la sentencia recu-

rrida que la referida sociedad es una sociedad de carácter familiar (los partícipes son los esposos o hijos), teniendo la actividad desarrollada por ella carácter ganancial.

De acuerdo con el artículo 1365.2.º del Código Civil, los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge «en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio», cuyo artículo 6 establece que si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan quedar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado, a tenor del

artículo 7, cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, habiendo declarado la jurisprudencia que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos (Sentencias de 6 de junio de 1994, 10 de noviembre de 1995 y 30

de diciembre de 1999). Es claro que en el presente caso, el esposo ejercía el Comercio, si bien a través de «Comercial Picar, SL», con conocimiento y consentimiento de la tercerista, participe en la sociedad, por lo que carece, también desde este punto de vista, de legitimación para interponer tercería de dominio sobre bienes gananciales, subsistente la sociedad conyugal.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Habiéndose interpuesto por el ex esposo un procedimiento de modificación de medidas con la finalidad de que se excluya del convenio regulador en el que se liquidó la sociedad de gananciales un inmueble que consideraba privativo, se estima la excepción de litispendencia en el procedimiento declarativo interpuesto por la ex esposa en el que ejercitaba una acción declarativa de dominio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Julia interpuso demanda de menor cuantía contra su ex esposo don José Pedro ejercitando una acción declarativa de dominio y solicitando que se dictase sentencia por la que se declare que la finca núm... de Pina de Ebro, es de su propiedad inscribiéndose el dominio de dicha finca a su favor en el Registro de la Propiedad con expresa imposición de costas al demandado.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado éste se opuso a la misma solicitando que se dictase sentencia «por la que, estimándose la excepción procesal de litispendencia planteada, declare no haber lugar a pronunciamiento sobre el fondo, y para el caso de no estimarse dicha excepción, se desestime íntegramente la demanda interpuesta, declarándose en consecuencia que la finca objeto de este pleito no es propiedad de la actora, no habiendo lugar por tanto a inscribir el dominio a su favor en el Registro de la Propiedad, todo ello con expresa imposición de costas a la actora».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Zaragoza dictó Sentencia el 10 de diciembre de 1998 estimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Zaragoza dictó Sentencia el 11 de mayo de 1999, revocando la del juzgado y absolviendo a don José Pedro de la pretensión contra él ejercitada en el presente juicio por razones procesales, sin entrar a conocer del fondo del asunto, que queda imprejuzgado; no se hace especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias.
- ⊙ Doña Julia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La *causa petendi* de la demanda instada por doña Julia residía en que la actora se consideraba perturbada en su propiedad porque su exesposo don José Pedro había interpuesto demanda de

modificación de medidas definitivas de divorcio, entre las que pedía que se dejara sin efecto la adjudicación de la finca que a ella se le hizo en el convenio regulador, donde se efectuó la división de la sociedad conyugal, al haber comprobado que incurrió en un error al incluirla como bien común del matrimonio, ya que se trataba de un bien privativo suyo.

En el motivo primero se alega la infracción del artículo 74 de la misma Ley; artículos 91, 95 y 103 del Código civil; y artículos 14 y 24 de la Constitución, y lo pretendido por la recurrente es acabar con la perturbación de su propiedad sobre la finca debida al proceso de modificación de medidas promovido por su exesposo, y lograr la inscripción de la dicha propiedad en el Registro de la Propiedad, pues se le ha denegado en el mismo. Sostiene que ello no es competencia de los Juzgados de Familia según la Disposición Final de la Ley de 7 de julio de 1981. Nada tiene que ver lo pretendido con la normativa del Título IV del Libro I del Código Civil, ni es materia de Derecho de Familia.

El motivo se estima porque es evidente lo erróneo de la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida; no estamos ante ninguna materia propia del Derecho de Familia, sino ante el ejercicio de una de las acciones que protegen el dominio (la acción declarativa), que no es de conocimiento de los Juzgados de Familia. El que derive ese dominio de un convenio regulador del divorcio no hace que en lo sucesivo todos los pleitos suscitados en razón exclusiva del derecho de la propiedad atribuido a los excónyuges, deban someterse a aquellos Juzgados.

En el motivo segundo se acusa infracción del artículo 553.5.^a de la misma Ley, y artículo 1252 del Código Civil. En su fundamentación se combate la acogida por la sentencia recurrida de la excepción

de litispendencia opuesta por el demandado, hoy recurrido, entendiendo la recurrente que no se dan los requisitos necesarios para ello.

El motivo se desestima porque parte de un error de partida, ya que la sentencia recurrida no basa su fallo en la previa estimación de la litispendencia, sino en una falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia a quien correspondió del conocimiento de la demanda, por estimar que dicha competencia correspondía al de Familia.

La estimación del primer motivo se opone a la fundamentación jurídica de la sentencia, que ha de ser sustituida por el acogimiento de la excepción de litispendencia opuesta por el demandado, puesto que la resolución que recaiga en el procedimiento de modificación de medidas instado por él con anterioridad a este litigio incide directamente en lo que haya de ser objeto de decisión en éste; si se modifica la medida sobre la adjudicación de la finca a la exesposa, es evidente que la actora carece de legitimación activa para pretender la declaración de dominio. Por el contrario, si no se modifica, sí la tiene al objeto que su propiedad conste declarada y reconocida en sentencia para su acceso al Registro de la Propiedad. En todo caso, pues, la decisión sobre la modificación de medidas es previa e insustituible a cualquier acción dominical de doña Julia sobre la finca que se adjudicó. La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la excepción de litispendencia cuando el pleito anterior interfiera o prejuzgue el segundo pleito (Sentencia de 17 de febrero de 2000 y las que en ella se citan).

La estimación de la excepción de litispendencia lleva a absolver en la instancia al demandado (Sentencia de 19 de abril de 2005).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Efectuada la liquidación de la sociedad de gananciales en la que la esposa se adjudicó la vivienda familiar, se declara la nulidad de la inscripción sobre el inmueble al haberse vulnerado en la liquidación los derechos de un acreedor al que el esposo le firmó un documento de reconocimiento de deuda.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Repostería Delgado, SL, ejerció una acción revocatoria o pauliana, al amparo del artículo 1111 o 1290 y siguientes del Código Civil solicitando, con carácter principal, la declaración de rescisión de

la liquidación de la sociedad de gananciales otorgada por los cónyuges demandados don Darío y doña Gabriela y la consiguiente cancelación de la inscripción de la adjudicación de determinada finca a favor de la esposa resultante de aquélla o, subsidiariamente, la declaración de nulidad y consiguientemente la «inoponibilidad» contra la demandante de la expresada inscripción con la consiguiente cancelación.

- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Almendralejo dictó Sentencia el 20 de julio de 1998 declarando la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales constituida por ambos, por escritura pública de fecha 9 de mayo de 1996, y cancelando la inscripción registral 3.ª de la finca núm. ... del Registro de Almendralejo, con imposición de las costas procesales causadas a ambos demandados.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Badajoz dictó Sentencia el 11 de mayo de 1999 estimando parcialmente el recurso interpuesto y estimando la petición formulada con carácter subsidiario en el escrito de demanda y declarando la nulidad de la inscripción 3.ª de la finca registral núm. ... del Registro de la Propiedad de Almendralejo, ordenando su cancelación, sin efectuar condena en costas en ninguna de las dos instancias.
- ⊙ Doña Gabriela interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentos jurídicos de la sentencia del Juzgado.

Que en los presentes autos ejercita la entidad actora acción revocatoria o pauliana, al amparo del artículo IIII del Código Civil, o en su caso, acción rescisoria de los artículos 1290 y siguientes del mismo cuerpo legal en cuya virtud pretende, con carácter principal la declaración de rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales otorgada por los cónyuges demandados ante el Notario de esta ciudad el día 9 de mayo de 1996 y subsidiariamente, se declare la nulidad y consiguientemente la inoponibilidad contra ella de la inscripción registral de esa escritura de liquidación, fundando la primera pretensión en el hecho de que dicha liquidación se hizo única y exclusivamente para salvaguardar los intereses económicos de ambos litigantes, en detrimento de sus legítimos, evitando pagarle toda vez que, con anterioridad había firmado un reconocimiento de deuda a la demandante, no procediendo a inscribirla en el Registro de la Propiedad hasta conocer la existencia del procedimiento civil de reclamación de cantidad, careciendo de más bienes el demandado, realizándose en fraude de acreedores aquélla, y la segunda en el hecho de que la inscripción registral es posterior a la fecha de presentación de la demanda. La posición procesal adoptada por los demandados frente al escrito de demanda, en el caso de don Darío, es de rebeldía, y en el de doña Gabriela, de

oposición que funda en un desconocimiento total tanto de la existencia y reconocimiento de deuda de su esposo con la actora, como de la del referido procedimiento judicial, negando, por lo tanto, la connivencia referida, no teniendo cabida la pretensión formulada con carácter principal, pues, las acciones ejercitadas tienen carácter subsidiario y la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales no perjudica, en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1317 del Código Civil), y respecto a la formulada con carácter subsidiario, la misma no debe acogerse por carecer de fundamento legal alguno.

Que los presupuestos de la acción revocatoria o pauliana contemplada en el artículo IIII del Código Civil «Los acreedores después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho» y que, según reiterada jurisprudencia son: 1) Que exista un crédito a favor del actor, 2) Que el deudor haya celebrado un acto o negocio jurídico anterior, que beneficia a un tercero proporcionándole una ventaja patrimonial, 3) Que el acreedor resulte perjudicado por la disposición a favor de tercero, y a la vez que se beneficie con la declaración de ineficacia sin tener otro recurso legal para obtener

la reparación de su perjuicio, 4) Que el acto que se impugna sea fraudulento y 5) Que el tercer adquirente, caso de ser onerosa la enajenación, haya sido cómplice en el fraude. Veamos, con el examen de la actividad probatoria desplegada en autos, si concurren los requisitos enunciados y así el primero de ellos, amén de no ser discutido por el demandado don Darío, dada la posición procesal de rebeldía asumida, queda debidamente acreditado con los testimonios que de los autos de juicio de Menor Cuantía seguidos con el núm. 266/96 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de esta ciudad se han aportado junto al escrito de demanda, y con la confesión del demandado, al absolver la posición 9.^a, reconociendo la existencia de la deuda reclamada en aquel procedimiento a favor de la actora y a su cargo; el segundo de ellos, con la nota simple informativa del Registro de la Propiedad aportada como documento núm. 1 al escrito de demanda que prueba el otorgamiento por ambos demandados de la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales y la atribución a la esposa de la vivienda del matrimonio; el tercero, nuevamente con los referidos testimonios, fundamentalmente con la denegación de la anotación del embargo trabado en dichos autos sobre la finca objeto de litigio (folios 55 y 56), sin que se pruebe —ni siquiera se invoca por los demandados— la existencia de otros bienes con los que responder de la deuda referida; por último, respecto a los dos últimos requisitos nos encontramos con indicios de fraude, en primer lugar, el parentesco entre ambos demandados, marido y mujer, en segundo lugar la firma del documento de reconocimiento de deuda por don Darío el día 10 de enero de 1996 y el otorgamiento de la referida escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, en mayo de ese mismo año, llamándole la atención a esta Juzgadora que ambos demandados insisten en una mala relación conyugal, en un desconocimiento por la codemandada de todo lo relativo a las deudas y negocio de su marido, y que no se haya aportado por su representación procesal la escritura pública de liquidación que nos hiciera ver con qué bien(es) de la sociedad de gananciales se queda el otro demandado, y que desvirtuara esa presunción de que esa adjudicación a la demandada de la vivienda no lo ha sido a título oneroso porque recibe otros bienes su marido, sobre todo máxime esa mala relación que se apunta entre ambos cónyuges. En modo alguno, el tenor del artículo 1317 del Código Civil «La modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» invocado en la contestación a la demanda, impide aplicar el artículo III del Código Civil recogido al comienzo de esta fundamentación jurídica, pues, son pre-

ceptos íntimamente relacionados y por tanto, no excluyentes, pues, precisamente el artículo 1317 trata de evitar un fraude a los terceros derivado de las capitulaciones, perdiendo éstas su eficacia si se prueba el fraude, debiendo acordarse en tal caso, su rescisión por esta causa, con la consiguiente ineficacia de unos contratos que habiendo reunido en su origen los requisitos esenciales para su validez, no son por lo tanto susceptibles de nulidad, pero sí de rescisión al haber causado ese perjuicio a los acreedores. Por todo ello, procede la estimación de la demanda base de la presente litis, es decir, la declaración de la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales otorgada por los cónyuges ante el Notario de Almendralejo en fecha 9 de mayo de 1996, y consiguientemente, la cancelación registral al respecto.

2. Fundamentos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Provincial.

El primer motivo del presente recurso de apelación se sustenta en la afirmación, en síntesis, de que el camino seguido por la entidad actora para la salvaguarda de su derecho no es el correcto, ya que no existe ninguna necesidad de acudir a la vía que contempla para la rescisión de los contratos el artículo 1291.3.º del Código Civil, toda vez que la acción de rescisión es de carácter subsidiario, como se establece en el artículo 1294 del mismo Cuerpo Legal. Entiende la apelante que el acreedor debió haber acudido al artículo 1317 del Código al que se hace referencia, ya que la modificación del régimen económico-matrimonial no puede perjudicar en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Es cierto que el suplico del escrito de demanda puede conducir a cierta confusión ya que lo que se pide en el apartado A) del mismo es la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales en su totalidad y en este sentido ha de decirse que declarar un efecto de tanta trascendencia resulta excesivo, es innecesario y no se compagina con el carácter subsidiario que según la ley ha de tener la acción rescisoria. En el presente caso el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales puede ser plenamente válido, lo que acontece es que dichas capitulaciones han venido a perjudicar a la sociedad actora en lo que se refiere al embargo trabado sobre la finca registral núm. NÚM000 del Registro de la Propiedad de Almendralejo. Es cierto que, como se dice por el apelante, en la demanda no se contiene ninguna referencia al artículo 1317 del Código Civil, ni a sus concordantes, los artículos núms. 1399, 1401, 1403, 1404 y otros, pero no puede olvidarse, y ello es lo decisivo, que en el apartado B) del suplico de la demanda se solicita de manera subsidiaria que se decrete la nulidad de la ins-

cripción de la finca registral aludida a favor de la demandada, y esta petición sí resulta acorde con la interpretación que la jurisprudencia viene dando al artículo 1317 del Código Civil, a la vista de la subsidiariedad de la acción rescisoria.

El hecho de que en la demanda no se haga mención expresa al artículo 1317 del Código Civil, no puede implicar ningún obstáculo que merezca el calificativo de insalvable y no por ello se pecaría de incongruencia. Lo determinante es que se va a conceder exactamente lo pedido por la parte y con una fundamentación que en modo alguno es incompatible con la ofrecida en el escrito de demanda. Se trata, en definitiva, de otorgar la tutela judicial efectiva, que no puede denegarse por posturas rigoristas, ya que si se invoca fraude de acreedores y se pide por ello la nulidad de la transmisión, se está también implícitamente solicitando esa misma nulidad porque perjudica el derecho de los acreedores, esto es, con fundamento indirectamente en el artículo 1317 del Código Civil.

Resulta por ello obligado desestimar el primer motivo del presente recurso.

Como segundo motivo del recurso afirma la apelante que la misma es completamente ajena a los hechos que dieron motivo al procedimiento judicial núm. 266/96 del Juzgado de 1.ª instancia núm. 1 de los de Almendralejo, así como que la misma no fue parte en su día en el indicado procedimiento.

Este argumento no puede prosperar. Las deudas contraídas en su momento por el esposo de la apelante tienen naturaleza ganancial. Son anteriores en el tiempo a las capitulaciones matrimoniales en las que se estableció el régimen de separación de bienes. Resulta por ello claro que le resulta de plena aplicación lo establecido en los preceptos del Código Civil a los que se está haciendo mención.

Finalmente la recurrente se ha referido a que no se han agotado por el acreedor todos los medios a su alcance para poder satisfacer su derecho con bienes diferentes al inmueble cuya última inscripción registral se pretende declarar nula. Tampoco esta alegación puede ser acogida. El acreedor no está obligado a dirigirse contra ningún bien determinado en lugar de otro. Puede dirigirse contra cualquiera de los cónyuges, fuese o no quien materialmente contrajo la deuda para la sociedad de gananciales. El tenor literal del artículo 1401 del Código Civil resulta contundente. Lo que acontece es que el cónyuge deudor responde ilimitadamente, *ultra vires*, y el otro cónyuge, el no deudor, sólo con los bienes que le fueron adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario judicial.

Por las razones que anteceden debe desestimarse el presente recurso de apelación en su conjunto,

si bien la petición que se acoja en la sentencia será la interesada en el apartado B) del suplico de la demanda con carácter subsidiario, y no la del apartado A) a la que se refiere de manera implícita la sentencia apelada, y en ese sentido debe entenderse rectificada esta resolución, lo que se hará constar en la parte dispositiva de la presente.

3. Fundamentos jurídicos del Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación.

En el motivo primero formulado por «la inaplicación al presente caso de la acción revocatoria o pauliana del artículo 1111 del C. Civil o en su caso la rescisoria de los artículos 1290 y ss. del C. Civil, en atención a su carácter subsidiario, es decir, que el acreedor no tuviera otro medio legal de obtener la satisfacción de su crédito», se alega, en síntesis, que a) la parte actora no ha acreditado en ningún momento el carácter ganancial de la deuda, ni cita el artículo 1317 en relación con el artículo 1401 CC; b) no se puede acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones matrimoniales, dada la existencia de un precepto específico. Procedería agotar la vía de apremio e interponer el declarativo correspondiente solicitando la «inoponibilidad» de las capitulaciones a la parte actora; c) la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el carácter subsidiario del 1111, al no declarar la aplicabilidad preferente y anterior del 1317 CC, al fallar declarando la nulidad de la inscripción. A lo sumo podría haber declarado la «inoponibilidad» de dicha inscripción respecto del actor, pero esta declaración no era factible sobre una demanda que no se sustentaba en ella.

El motivo debe ser desestimado por el Tribunal Supremo.

Tras poner infructuosamente en cuestión el carácter ganancial de la deuda —en contra de la declaración efectuada por la sentencia impugnada en el ámbito de su competencia para la calificación de los hechos, no combatida eficazmente en casación—, plantea este motivo de casación como cuestión principal la compatibilidad entre la acción rescisoria de los actos realizados en fraude de los acreedores, con arreglo los artículos 1111 y 1291.3.º CC, con el régimen establecido en los artículos 1401 y 1402 CC, en relación con el principio sentado en el artículo 1317 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 (artículo 1402 CC), como una vez verificado éste (artículo 1401).

Realizada la liquidación, como dice la STS de 13 de junio de 1986, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada, y además el consorte responde con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se

hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, pues en otro caso, por aplicación de las normas de las sucesiones, tal responsabilidad será *ultra vires* [más allá de los efectos, es decir, universal], por lo que ha podido decirse que, con independencia de la que alcanza al esposo deudor, existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes gananciales.

La jurisprudencia, fundándose en el principio de subsidiariedad, que constituye uno de los requisitos fundamentales a que debe atenerse el ejercicio de la acción rescisoria o pauliana, parte del principio general con arreglo al cual la modificación del régimen económico-matrimonial, a tenor de lo que dispone el artículo 1317 CC (en la numeración actual), no puede perjudicar en ningún caso los derechos adquiridos por terceros en relación con estos bienes, aunque fueran adjudicados a la esposa al sustituirse el régimen legal de gananciales por el de separación de bienes (SSTS de 30 de enero de 1986, 4 de mayo de 1987 y 21 de julio de 1987 y 10 de septiembre de 1987). Se estima, por lo general, que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía no es necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instruye, ya que del sentido general de los artículos 1399, 1403 y 1404 CC se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues, en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (artículos 1401 y 1402 en relación con el 1084 CC), tal responsabilidad será *ultra vires* (SSTS 13 de junio de 1986, 10 de septiembre de 1987, 14 de octubre de 1987, 24 de noviembre de 1988 y 25 de enero de 1989, 20 de marzo de 1989, 27 de octubre de 1989, 22 de diciembre de 1989 y 21 de noviembre de 2005).

Esta interpretación, que, como ha quedado expuesto, se funda en el carácter subsidiario que caracteriza a la acción rescisoria, se fundamenta por la jurisprudencia en la eficacia decisiva de la garantía establecida a favor de los acreedores cuando debe responder la sociedad de gananciales para hacer efectiva la deuda sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las nuevas capitulaciones y sin tener que demostrar que no se pueden cobrar de otro modo sus créditos (SSTS de 26 de junio de 1992, 7 de diciembre de 1992, 21 de julio de 1994, 13 de octubre de 1994, 25 de septiembre de 1999 y 18

de marzo de 2002) o, como dice la STS 15 de marzo de 1994, en que resulta innecesario pedir la nulidad de las escrituras de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad legal de gananciales, ya que lo que aquel precepto consagra es una responsabilidad *ex lege* [nacida de la ley], inderogable por la voluntad de los particulares.

La jurisprudencia, sin embargo, no parte de una incompatibilidad absoluta entre la acción rescisoria y la reclamación dirigida contra el cónyuge adjudicatario, pues en ocasiones se atribuye virtualidad al artículo 1317 CC para privar de eficacia a las capitulaciones matrimoniales cuando se evidencia que fueron destinadas a defraudar a un acreedor, y sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en un juicio previo (STS de 18 de julio de 1991); se admite la rescisión de las capitulaciones cuando se prueba que el crédito no se había podido hacer efectivo al no encontrar la ejecutante bienes del deudor para aplicarlos a tal fin, así como que demandante y demandada consintieron la modificación de su régimen matrimonial de bienes y la adjudicación de los hasta entonces gananciales con el fin de procurar al primero una situación de insolvencia o de insuficiencia económica para no cumplir obligaciones válidamente contraídas (STS 8 de julio de 1988); o, finalmente, se proclama expresamente la alternatividad entre ambas acciones, declarando que los acreedores podrán acudir a la acción rescisoria (artículo 1291.3 CC), siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen (STS 18 de noviembre de 1998), de donde se desprende que jurisprudencialmente no queda excluido de manera radical y absoluta el ejercicio de la acción rescisoria contra los actos de liquidación de la sociedad de gananciales, aunque siempre será menester que se cumplan los presupuestos necesarios para su ejercicio, entre los que figura, como se ha repetido, el requisito de la subsidiariedad, que puede concurrir en supuestos extraordinarios en que, en aras de las circunstancias concurrentes, se demuestre que la responsabilidad atribuida al cónyuge adjudicatario sea por sí misma ineficaz para la garantía de los derechos de los acreedores defraudados.

La parte recurrida imputa a la sentencia recurrida la infracción de esta doctrina, pues considera que era procedente que la parte actora hubiera agotado previamente la vía de apremio y hubiese interpuesto el declarativo correspondiente solicitando que se declarase que la liquidación de bienes y consiguiente adjudicación a la esposa de la finca a que se refiere el proceso no era oponible a la parte actora.

Sin embargo, se advierte que no concurre la infracción que se postula, puesto que, previamente

al proceso seguido en los presentes autos, se ejerció una demanda contra el esposo reclamando la deuda controvertida y, recaída sentencia condenatoria, y embargada la finca sobre la que recae el litigio, ante el rechazo de la anotación preventiva de embargo por el registrador de la Propiedad, habida cuenta de que con posterioridad a la presentación de la demanda se había adjudicado el bien a la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales y se había procedido a la inscripción de la escritura de liquidación, se siguió nuevo proceso, del que trae causa este recurso, en esta ocasión contra ambos cónyuges, en el que pretendió la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales y, con carácter subsidiario, se formuló una pretensión de nulidad y consiguiente «inoponibilidad» de la inscripción a la parte demandante.

La sentencia de instancia respeta el carácter subsidiario de la acción de rescisión, a la que no da lugar, afirmando, respecto de dicha pretensión, que «declarar un efecto de tanta trascendencia resulta excesivo, es innecesario y no se compagina con el carácter subsidiario que según la ley ha de tener la acción rescisoria», añadiendo que «el apartado B) del suplico de la demanda se solicita de manera subsidiaria que se decrete la nulidad de la inscripción de la finca registral aludida a favor de la demandada, y esta petición sí resulta acorde con la interpretación que la jurisprudencia viene dando al artículo 1317 CC, a la vista de la subsidiariedad de la acción rescisoria», con la observación acertada de que la falta de cita expresa en la demanda del artículo 1317 CC, no puede implicar ningún obstáculo, dada la vigencia del principio *iuri novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] y la inequívoca pretensión encaminada a hacer valer la que la parte demandante llama «inoponibilidad» de la inscripción al demandante por medio de su declaración de nulidad, que se formula en la demanda con carácter subsidiario.

En el motivo segundo, que no aparece apoyado con la alegación de la infracción de ningún precepto legal en concreto, se alega, en síntesis, que la STS de 20 de marzo de 1989 declara la subsistencia de la acción del acreedor posterior a la liquidación, cuando la demanda se dirige contra un cónyuge y se notifica a otro a los efectos de la normativa hipotecaria y, sin embargo, el procedimiento de reclamación de cantidad no fue seguido contra la demandada ni le fueron notificadas las actuaciones ni la diligencia de embargo, por lo que es aplicable el artículo 38.3 LH, pues las capitulaciones matrimoniales acceden al Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica del embargo, con lo cual, según la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 1991 deben observarse los principios de tracto sucesivo y

legitimación, y en particular las prescripciones del artículo 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140.1 del Reglamento Hipotecario.

El motivo se desestima por el Tribunal Supremo.

La formulación de este motivo prescinde de la inexcusable cita de los preceptos legales o jurisprudencia infringida, de donde parece desprenderse que, más que de un motivo específico, que como tal debería ser desestimado por la ausencia de dicho requisito formal esencial, contiene una argumentación complementaria del motivo primero, a la que ya se ha dado respuesta al poner de manifiesto que en el proceso de reclamación de deuda contra el esposo se trabó embargo de la finca litigiosa que fue notificado a la esposa a los efectos del artículo 144 RH y que el rechazo por el registrador de la anotación preventiva del embargo, por aplicación de dicho precepto, dado que la liquidación de gananciales tuvo acceso al registro con posterioridad a la demanda, pero antes de dicho embargo, determinó que en el segundo proceso, dirigido contra ambos demandados, la Audiencia considerase, como medida necesaria para hacer efectiva la pretensión que se formulaba de «inoponibilidad» de la inscripción, la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de la misma, medida cuya legalidad no ha sido directa ni adecuadamente combatida en casación.

En el motivo tercero, que no aparece apoyado con la alegación de la infracción de ningún precepto legal en concreto, se alega, en síntesis, que la parte actora pretende justificar un *consilium fraudis* [ánimo defraudatorio] entre los esposos de todo punto inexistente, pues del análisis de los elementos probatorios que cita se concluye que la demandada nunca tuvo conocimiento de la deuda ni de la demanda tramitada en autos 266/96, por lo que si se apreciara ánimo defraudatorio se vulneraría el principio de presunción de inocencia reconocido constitucionalmente.

El motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo, y para ello se han utilizado las siguientes consideraciones.

a) No se citan los preceptos legales concretamente infringidos.

b) La sentencia de apelación, que es la impugnada, no se apoya en la existencia de *consilium fraudis*, pues considera suficiente para declarar la nulidad de la inscripción la necesidad de hacer efectiva frente a la inscripción de la adjudicación, evitando el perjuicio de los acreedores, la responsabilidad del cónyuge no deudor por los bienes gananciales que le hayan sido adjudicados en la liquidación,

que proclama el artículo 1401 CC en relación con el artículo 1317 CC.

c) Según reiterada jurisprudencia, la existencia de *consilium fraudis* pertenece al ámbito de apreciación propio del tribunal de instancia, pues como declara la STS de 19 de julio de 2005, «tanto la existencia del fraude como la realidad o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor son puras cuestiones de hecho, sometidas a través de la valoración de la prueba, a la exclusiva competencia del Tribunal de instancia, cuyas apreciaciones deben respetarse en casación. (Sentencias de 28 de junio de 1912, 22 de octubre de 1931, 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945, 31 de marzo de 1965, 17 de marzo de 1972, 12 de junio de 1985, 30 de enero de 1986, 16 de marzo de 1989 y 13 de febrero de 1992, entre otras) (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1998). En igual sentido las de 21 de octubre de 1988, 14 de diciembre de 1993 y 31 de diciembre de 1998.»

d) El principio de presunción de inocencia, según la más reciente jurisprudencia, no resulta con carácter general aplicable a la apreciación de *consilium fraudis* determinante de ilicitud civil. Como dice la STS núm. 35/2003, de 27 enero 2004, recurso de casación núm. 943/1998, en relación con un supuesto de venta fraudulenta: «[...] el artículo 24.2 en cuanto

reconoce la “presunción de inocencia”: sirve para garantizar en el proceso penal, que no en un proceso civil como el presente, la plenitud de la prueba de la acusación, o, en otro caso, la prevalencia de la inocencia. En general, la aplicación de la presunción de inocencia tiene un ámbito propio en el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, como han declarado coincidentemente el Tribunal Constitucional y esta Sala, excluyendo la aplicabilidad de la presunción de inocencia “a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil” (Sentencias del Tribunal Constitucional 72/1991, 257/1993, 367/1993 y 59/1996) o “en los procesos civiles sobre culpa extracontractual” (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2002, con cita de otras muchas), aunque excepcionalmente puedan existir “supuestos fronterizos en el caso de resoluciones limitativas de derechos o de sanciones civiles en sentido amplio y no técnico” (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002, con cita a su vez de la sentencia del Tribunal Constitucional 13/1982) (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2003)».

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Si la esposa no ejercitó dentro del plazo de cuatro años la acción de rescisión del convenio regulador en el que se incluía la liquidación de la sociedad de gananciales, por lesión en más de una cuarta parte del valor de los bienes, no puede, por vía de la acción de enriquecimiento injusto, reclamar cantidad alguna.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ◉ Doña Concepción interpuso demanda de menor cuantía contra don Ernesto solicitando que se dictase sentencia por la que se condenase al demandado a abonar la mitad del precio en que fueren tasados los bienes inmuebles que se adjudicaron en base al convenio regulador suscrito, con fecha 16 de mayo de 1989, con deducción del valor en que fuese tasado el piso que ocupaba doña Concepción en ..., así como se condenase a la mitad del precio de los bienes muebles existentes en el piso que ocupaba el demandado en ... e imponiéndose expresamente las costas a la parte demandada si se opusiere.
- ◉ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia por la que se desestimase íntegramen-

te la acción interpuesta, bien apreciando las excepciones planteadas y sin entrar a dilucidar el fondo del asunto o bien, subsidiariamente, entrando en el fondo del asunto por no concurrir las causas alegadas por la actora. Todo ello, con expresa condena en costas a la actora.

- ⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 13 de Bilbao dictó Sentencia el 27 de septiembre de 1997 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 6 de mayo de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Concepción.
- ⊙ Doña Concepción interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero, al amparo del artículo 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa aplicación indebida del artículo 1706 del Código Civil, por cuanto la lesión patrimonial sufrida por la recurrente en el convenio regulador de su separación matrimonial de mutuo acuerdo con el recurrido, aprobado judicialmente, no pudo ser reparada por la vía de la acción rescisoria de la partición de la sociedad ganancial, al ser sólo aplicable en los supuestos previstos en los números primero y segundo del artículo 1291 del Código Civil. Sólo mediante el ejercicio de la acción residual de enriquecimiento injusto puede obtener aquella reparación.

El motivo se desestima porque la acción rescisoria por lesión está expresamente admitida en la partición hereditaria (artículo 1074 del Código Civil, aplicable también a la división de la sociedad de gananciales por la remisión que efectúa el artículo 1410 del mismo cuerpo legal). Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala también aplica la rescisión por lesión cuando el convenio regulador aprobado judicialmente la contenga, sin que sea óbice alguno tal aprobación, que no lo despoja en absoluto de su naturaleza de convención privada (Sentencias de 26 de enero de 1993, 8 de marzo de 1995 y 4 de noviembre de 2002).

Si la recurrente no ejercitó la acción de rescisión del convenio dentro del plazo de caducidad (artículo 1706 del Código Civil), no puede apoyarse para lograr el éxito de sus pretensiones en el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa porque: 1.º La doctrina reiterada de esta Sala es la de que no se enriquece sin causa el que lo hace a través de un contrato válido y eficaz (Sentencias de 28 de marzo de 1990, 24 de marzo y 29 de abril de 1998). En este caso, el convenio regulador no se ha declarado inválido, ni con anterioridad se ejercitó acción por ello; 2.º También la doctrina de

esta Sala ha matizado la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, declarando que debe ser entendida en el sentido de que cuando el ordenamiento jurídico no dé otra acción como remedio del empobrecimiento, puede acudir a ella, pero no en caso contrario (Sentencias de 19 de febrero de 1999 y 30 de noviembre de 2005).

En el segundo motivo se acusa la infracción por inaplicación del artículo 1973. En su fundamentación se resalta la demanda origen de estas actuaciones fue presentada a los quince días de pronunciarse por la Sección 2.^a de la Audiencia de Vizcaya disolviendo el matrimonio por divorcio, en cuyo procedimiento ya se reclamó, aunque inapropiadamente sobre la nulidad del convenio regulador. Por tanto, el plazo de prescripción estaba interrumpido hasta entonces.

El motivo se desestima porque nada tiene que ver lo que en su defensa se alega con el tema debatido en este litigio, que es el de la acción de enriquecimiento sin causa que se ejercita contra el recurrido por su ex esposa. La sentencia que se recurre no ha opuesto como obstáculo a aquélla la prescripción, por lo cual huelga razonar sobre la concurrencia de causa alguna de interrupción, sino en que no se daban los presupuestos necesarios para que fuese acogida.

Por otra parte, en relación con la acción rescisoria por la lesión que no fue ejercitada dentro del plazo legal de cuatro años (artículo 1706 del Código Civil), hay que tener en cuenta que estamos ante un plazo de caducidad, no de prescripción, no susceptible de interrupción como ésta (Sentencias de 26 de junio de 1967 y 6 de junio de 1990, entre otras). Desde la aprobación judicial del convenio regulador (1989) a la de la promoción del presente litigio (1996) había transcurrido con exceso el plazo

legal, sin que pueda considerarse que lo dicho por la recurrente en la contestación a la demanda de divorcio interpuesta contra ella por su exesposo (después de la sentencia de separación en la que se aprobó el convenio) sobre la lesión económica que había experimentado, pueda tener fuerza interruptiva de la caducidad, pues por su propia naturaleza no lo tolera esta figura jurídica.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción de la doctrina del enriquecimiento injustificado. Según la recurrente, su regla prohibitiva opera al margen de si la liquidación de la sociedad ganancial ha sido plasmada en un convenio regulador aprobado judicialmente.

El motivo se desestima porque la sentencia recurrida en modo alguno ha tomado como *ratio decidendi* de su fallo el que la acción de enrique-

cimiento injustificado o sin causa no procede por haber sido aprobado judicialmente el convenio. Sólo dice que aquella acción, según la jurisprudencia de esta Sala, no procede cuando existe sentencia o resolución judicial, lo cual es lógico pues no cabe tachar de injusta la atribución que una de las partes reciba de ella.

Finaliza la exposición del motivo afirmando la existencia de un error en el consentimiento prestado por la recurrente al convenio, pues no pudo presumir que la valoración de los bienes hubiese sido manipulada por su exesposo. Pero esta argumentación lo único que pudiera apoyar a lo sumo es la acción de nulidad por error que pudo ejercitar en el plazo legal (artículo 1301 del Código Civil), y no lo hizo ni antes de este litigio ni en éste. Por tanto, el convenio seguirá siendo válido y eficaz, e incompatible con la doctrina del enriquecimiento sin causa.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No es necesario demandar a la esposa y por tanto se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, en la demanda ejercitada por una constructora contra el marido reclamando el importe de la obra realizada en una finca de carácter ganancial puesto que el marido contrató en nombre propio, suscribiendo posteriormente un reconocimiento de deuda.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Eugenio es propietario junto con su esposa doña Lina, con carácter ganancial de un terreno sito en la Venta del Obispo (Ávila), junto a la carretera nacional N-502 (Ávila-Talavera de la Reina), a la altura del Km 46'8, en el que pretendía construir una estación de servicio (gasolinera), para lo que él mismo encargó un proyecto técnico de obra al Ingeniero de Caminos, don Juan María, y en el que, entre otros particulares, contemplaba la excavación y desmonte de dicho terreno, calculándose el volumen de la tierra a extraer en 2.168 m³, a un precio de 800 pesetas la unidad, y conforme al mismo se concertó el contrato de ejecución de obra con el Constructor don José Francisco.
- ⊙ En la ejecución de dicha obra de excavación, realizada entre finales de 1992 y principios de 1993, estuvo presente el demandado durante la realización de los trabajos procedentes, el que fue diciendo a los encargados de los mismos, cómo debían realizar la excavación y la tierra a extraer, así como los límites físicos de la propia excavación, resultando, al finalizar la misma, que, en lugar de los 2.168 m³ previstos, se habían extraído 8.265'38, según una primera medición.
- ⊙ No habiendo abonado el demandado al constructor el referido precio, ambos se reunieron en la Venta del Obispo en 13 de octubre de 1995, y el demandado firmó, y entregó al actor, el siguiente

documento: «En la Venta del Obispo, a 13 de octubre de 1995. El que suscribe, Eugenio ..., por medio de la presente, manifiesta: Que reconoce la deuda contraída con don José Francisco, por los trabajos de excavación y desmonte realizados para la construcción de una Estación de Servicio en la Carretera N-502, Ávila-Talavera de la Reina, propiedad del que suscribe, en los precios que figuran en el Proyecto Técnico redactado por el Ingeniero de Caminos, don Juan María. Trabajos que fueron realizados por don José Francisco, a finales de 1992 y comienzo del año 1993. Y, para que conste, firmo la presente manifestación de reconocimiento de deuda contraída con don José Francisco, en el lugar y fecha del encabezamiento: Fdo.: Eugenio».

- ⊙ Don José Francisco promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Eugenio sobre reclamación de cantidad en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Se condene al demandado a pagar 7.817.324 pesetas más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, incrementadas en dos puntos desde la fecha de la sentencia, así como al pago de las costas».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y comparecido el demandado, su defensa y representación procesal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «se declare desestimar la demanda en la cuantía solicitada por la parte actora, declarando no haber lugar a ella, y acordando el abono a la parte actora de la cantidad de 1.734.944 pesetas, más el IVA correspondiente, y ello con condena en costas al actor».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia Único de Piedrahita dictó Sentencia el 18 de mayo de 1998 estimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación la AP de Ávila dictó Sentencia el 26 de mayo de 1999 estimando parcialmente el recurso, si bien únicamente en lo referente a las costas.
- ⊙ Don Eugenio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Respecto al tema que nos interesa y que afecta al derecho de Familia, alega don Eugenio que por ser el terreno propiedad de la sociedad conyugal existente entre él y su esposa, ésta debería haber sido llamada al proceso.

La Sentencia dictada entiende que ha existido consentimiento tácito, que lo deduce de la prueba testifical practicada, y del documento de reconocimiento de deuda traído a los autos, y añade que no debía traerse al proceso a la mujer del demandado, por haber encargado la obra sólo éste.

Señala el Tribunal Supremo que sobre el «litisconsorcio pasivo necesario», que se suscita por el hecho de no haberse traído a juicio, mediante su oportuna llamada a él, a la esposa del demandado, como cotitular del terreno en el que se realizó la excavación, y al que se refiere la obra, dada su

calidad de bien ganancial en el régimen económico conyugal existente entre ambos, ha sido suficientemente tratado en las Sentencias dictadas, que en ello deben ser confirmadas, por sus atinados razonamientos sobre el rechazo de tal excepción, pues una cosa es la cotitularidad del referido terreno, e incluso el interés mostrado por la referida esposa en cuanto a la realización de una obra precisa para el establecimiento de un negocio, también familiar, y otra que, tanto el encargo del estudio y Proyecto técnico de la obra, como el contrato de arrendamiento de obra, realizado con el Constructor, fueron actuados sólo por el marido denunciado, en su propio nombre, y es él, en definitiva, el único que firma el documento del que se extrae el llamado «reconocimiento de deuda», del que deriva la presente reclamación, principalmente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Revocación por incongruencia de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que partía de la base de que la actora había ejercitado una acción de rescisión por lesión cuando en la demanda, tal y como interpretó el juzgado, se ejercía una acción de nulidad por existencia de vicios en el consentimiento en el momento de otorgar el convenio regulador en el que se liquidaba la sociedad de gananciales.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2006

Ponente: Excm. Sra. doña Encarna Roca Sánchez

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Raquel contrajo matrimonio con don Mariano en 1979. El matrimonio se separó en 1993; los cónyuges se divorciaron en 1997. Su régimen económico-matrimonial fue el de los gananciales. En los trámites de la separación, se otorgó un convenio liquidatorio, que fue homologado por el juez en la sentencia de separación, en el que se otorgaban unos determinados valores a los bienes gananciales, con la atribución de los bienes al marido y una compensación económica a la esposa. La partición fue ratificada en la escritura pública de 15 de diciembre de 1993.
- ⦿ Doña Raquel interpuso demanda de menor cuantía contra don Mariano solicitando que se dictase sentencia por la que se declare la plena nulidad de la valoración otorgada a todos y cada uno de los bienes inventariados en el Convenio de Separación Matrimonial y que en su día conformaron el patrimonio de la sociedad legal de gananciales y en su consecuencia, reservar a favor de doña Raquel el derecho a recibir de su exesposo el montante económico que resulte ser la mitad del valor real de dichos bienes, una vez se valoren los mismos conforme a derecho, lo cual habrá de dejarse para el trámite de ejecución de Sentencia y a tenor de las pruebas que se lleven a cabo al objeto de verificar dichos valores, todo ello descontando de la cifra que resulte el precio que ya ha recibido y que, tal y como se dice en dicho Convenio Regulador ha sido la cantidad de 4.200.000 pesetas condenándole a tal demandado a estar y pasar por tales declaraciones con expresa imposición de las costas procesales a dicha parte demandada.»
- ⦿ Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de don Mariano como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia desestimando por completo la demanda y absolviendo de la misma a mi representado, con imposición a la demandante de todas las costas causadas».
- ⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia número Uno de Segovia dictó Sentencia el 21 de octubre de 1998 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la AP de Segovia dictó Sentencia el 27 de mayo de 1999 estimando el recurso interpuesto por doña Raquel y estimando la demanda acordó la rescisión por lesión del convenio de liquidación de la sociedad de gananciales en cuanto se refiere a las valoraciones otorgadas en el mismo a los bienes que componían el activo de dicha sociedad y condenando al demandado a pasar por dicha declaración y a optar entre indemnizar el perjuicio causado a la actora en la cantidad que se determinará en ejecución de sentencia por las diferencias entre las valoraciones establecidas en el convenio de liquidación y las fijadas en las pruebas periciales practicadas en autos o consentir que se proceda a nueva partición de conformidad con los valores resultantes en dichas pericias, en cuyo sentido se acoge el recurso, sin imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.

⦿ Don Mariano interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que revocó la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmó la dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Raquel denunció en su demanda la validez de la disolución, liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad de gananciales, por entender que se la había engañado y que ello había producido un enriquecimiento injusto del marido. La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia de Segovia entendió que se había interpuesto una acción de nulidad del convenio regulador basada en dos vicios de la voluntad: error y dolo, que la demandante decía haber sufrido y al no considerar que se hubiesen probado, desestimó la demanda. Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, ahora recurrida, consideró que la demandante había ejercitado una acción de rescisión por lesión del convenio de liquidación de gananciales en lo que se refiere a las valoraciones y, revocando la sentencia apelada, estimó la demanda. Contra esta sentencia don Mariano formula el presente recurso de casación.

Sostiene el recurrente que la sentencia de apelación revoca la de primera instancia, al considerar que la acción realmente ejercitada por doña Raquel fue una acción rescisoria y no de declaración de nulidad de valores otorgados a los bienes inventariados en las acciones particionales de la sociedad de gananciales por concurrir vicios de la voluntad en el otorgamiento del convenio regulador. Por ello considera que la Audiencia cambia la acción ejercitada y se altera lo pedido en la demanda, incurriendo en vicio de incongruencia que produce indefensión a la parte demandada.

La sentencia recurrida fundamenta su decisión en la de esta Sala de 24 de julio de 1990, que afirma que el «principio *iura novit curia* autoriza al órgano jurisdiccional el aplicar en supuesto de controversia judicial las normas jurídicas que estime procedentes así como modificar el fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes, con la simple exigencia de concordar la decisión con las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes sometan a conocimiento sin alterar la causa de pedir esgrimida en el proceso ni transformar el problema planteado en otro distinto». De este modo, existirá incongruencia cuando se altere lo pedido en la demanda o bien se transforme el problema planteado en otro distinto.

Cuando existe alteración de la causa de pedir, puede producirse vulneración del principio de

contradicción y del derecho a la defensa reconocido en el artículo 24 Constitución Española, porque como afirma el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, «el organismo jurisdiccional está autorizado para basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos a los utilizados por los contendientes, siempre que no se innove la acción ejercitada, de modo que no hay incongruencia si se producen decisiones con fundamentos jurídicos distintos de los alegados por los contendientes, sin innovar la acción ejercitada» (SSTC 12 noviembre 1985 y 3 enero 1986). La Sentencia del Tribunal Constitucional 130/2004, de 19 de julio, afirma que «para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 Constitución Española), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*ultra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, consiguientemente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa». (ver asimismo SSTC 20/1982, de 5 mayo, 15/1999, de 22 febrero, 159/2004, de 4 octubre; 218/2004, de 29 noviembre y 262/2005, de 24 octubre, entre muchas otras).

Este Tribunal ha considerado asimismo que el principio *iura novit curia* implica que los Tribunales «deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les han sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso» (Sentencia de 13 de mayo de 2002). Si bien ello no impone que los Tribunales deban ajustarse absolutamente a lo pedido por las partes, como afirma la Sentencia de 6 de abril de 2005, «en ningún caso, la observancia de estos principios ha de entenderse de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada “al componente fáctico esencial de la acción ejer-

citada”, estimándose por tal los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como a la inalterabilidad de la *causa petendi*, pues lo contrario entrañaría una vulneración del principio contradicción y, por ende, del derecho de defensa» (por todas, Sentencias de 2 septiembre 1998, 7 octubre, 13 mayo y 25 noviembre 2002).

El principio de rogación, por tanto, rige el proceso, por lo que el fallo debe ajustarse a las peticiones de las partes, cuya modificación, si se produce, genera una incongruencia *extra petita*, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial formulada en torno al artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no autoriza la resolución de problemas distintos a los planteados por las partes y realmente convertidos (Sentencia de 23 mayo 1995).

Teniendo en cuenta esta doctrina, debe examinarse si la sentencia recurrida ha incurrido en el vicio procedimental denunciado por el recurrente.

El examen de los elementos de la demanda hace que debamos concluir que la sentencia recurrida ha incurrido en el vicio denunciado por el recurrente al haber cambiado la causa de pedir.

Efectivamente, si bien en la demanda se pedía «la nulidad de los valores otorgados a los bienes inventariados y adjudicados», en otros pasajes de la misma, doña Raquel expresa de forma rotunda que «no desea revocar el reparto de bienes en sentido material, sino tan sólo que por parte del demandado se le abone –en metálico– la diferencia que existe a su favor y a tales efectos formula la presente demanda». Además, toda la argumentación de la demandante se basa en los vicios de la voluntad que

dice haber sufrido en la negociación del convenio regulador, de donde deriva la impugnación de la valoración correspondiente.

Por ello hay que concluir que la sentencia apelada incurre en el vicio de incongruencia por otorgar una cosa distinta a la pedida por las partes porque:

1.º La acción ejercida no fue la rescisoria, sino la de vicios de la voluntad en la declaración que llevó a la firma del convenio primero y de las correspondientes escrituras de liquidación de la sociedad de gananciales después, por lo que debe concluirse que cuando la sentencia recurrida admitió el recurso sobre la base del ejercicio de una hipotética acción rescisoria, incurrió en el vicio de incongruencia denunciado por el recurrente, puesto que cambió la causa de pedir, sustituyendo la acción ejercitada por otra distinta, la de rescisión.

2.º Esta resolución modificó sustancialmente el objeto del proceso, que se había planteado como una impugnación del convenio por considerarse engañada la demandante por su marido en las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales, por lo que sólo pidió compensaciones económicas tendentes a equilibrar la liquidación.

3.º Este cambio en la conceptualización de la acción ejercitada provocó indefensión en el recurrente, que no pudo ejercitar adecuadamente su derecho a la defensa en relación a la rescisión de la partición.

Por todo ello y de acuerdo con la doctrina antes expuesta, debe admitirse el tercero de los motivos del recurso de casación, lo que nos exime de entrar a examinar los motivos segundo y cuarto.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La disolución del régimen de gananciales no puede efectuarse en documento privado y, aunque es cierto que la concreta liquidación puede realizarse en este tipo de documentos, no es posible realizarla cuando la disolución del régimen no ha tenido lugar.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ◉ Los cónyuges Baltasar y Aurora habían contraído matrimonio en régimen de gananciales.
- ◉ Debido a las diferencias entre ellos, se separaron en 1976 en cuyo momento se adoptaron por el Juzgado unas medidas provisionales de separación de los cónyuges, de acuerdo con la legislación vigente.

- ⊙ El 15 de julio de 1976 los cónyuges otorgaron un documento privado en el que pactaron:
 1. «Separarse voluntariamente de todos los lazos matrimoniales por los que se encuentran unidos.
 - 2 Dividir sus bienes, todos conyugales, de este modo», siguiendo la descripción de los bienes que tenían y su adjudicación a cada uno de los cónyuges, añadiendo lo siguiente: «sin que este acuerdo pueda ser anulado por ninguna de las partes hasta que se lleve a escritura notarial en la primera quincena del mes de agosto del año actual».
- ⊙ El 15 de mayo de 1987 se dicta sentencia en el procedimiento de divorcio, instado por el marido «con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración», sin hacerse especial mención a la liquidación del régimen de bienes.
- ⊙ Don Baltasar interpuso demanda de menor cuantía contra doña Aurora sobre liquidación de la sociedad de gananciales, solicitando que se dicte sentencia estimatoria de las pretensiones de esta parte que declare la procedencia de la liquidación y adjudicación de la mentada sociedad de gananciales, y que proceda a la determinación del activo y del pasivo de dicha sociedad, para que, posteriormente, en ejecución de sentencia, se proceda a las operaciones de liquidatorias y adjudicatorias a cada uno de los litigantes.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda doña Aurora se personó en autos y se opuso a la demanda solicitando su desestimación.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Almería dictó Sentencia el 17 de diciembre de 1997 estimando la demanda y declarando haber lugar a la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre ambos, constituyendo el activo los bienes enumerados en fundamento anterior, posponiendo a ejecución de sentencia las operaciones particionales y de adjudicación, debiendo cada una de las partes correr con las costas causadas a su instancia.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Almería dictó Sentencia el 3 de febrero de 1999, estimando el recurso revocó la resolución de instancia y absolvió a la demandada.
- ⊙ Don Baltasar interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los cuatro motivos del recurso son analizados en conjunto dada la unidad de los argumentos que aporta el recurrente: la infracción de las normas del Código Civil que regulan las causas de extinción del régimen matrimonial (motivo primero); la cuestión de cuál debe ser la forma en que conste la extinción del régimen, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1392.4.º del Código Civil (motivo segundo); la necesidad de seguir las reglas de inventario y avalúo para proceder a la liquidación (motivo tercero) y, finalmente, el examen de las sentencias de esta Sala relativas a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de sus relaciones patrimoniales (motivo cuarto). Estas cuestiones se encuentran absolutamente ligadas

entre ellas, por lo que, como ya se ha dicho se van a examinar conjuntamente.

El problema planteado es pura y simplemente, si los cónyuges en situación de separación de hecho, pueden pactar la disolución del régimen. La segunda cuestión, que va ligada con la primera es el valor del documento privado en el que esta disolución se pacta.

1.º Respecto del problema central que plantea el presente recurso, es decir, si es posible pactar la simple disolución del régimen durante la separación de hecho, sin que los cónyuges se acojan a otro régimen, la respuesta debe ser negativa, porque el artículo 1392 del Código Civil establece las causas de disolución de pleno derecho del régi-

men de gananciales y entre ellas no se encuentra la separación de hecho. Es más, el artículo 1393 del Código Civil prevé esta posibilidad cuando los cónyuges lleven separados de hecho «más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar», pero en este caso la terminación del régimen se produce por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, supuesto que no se produjo en el caso que nos ocupa. La misma regla, aun más restrictiva, aparecía en la redacción del artículo 1417 del Código Civil vigente en el momento en que se redactó el documento cuya validez y efectividad ahora se cuestiona.

2.º Ciertamente, a partir de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, fue posible pactar la disolución del régimen de gananciales durante el matrimonio, al permitir esta ley las capitulaciones después de celebrado. Por tanto, cualquier cambio de régimen debía y debe documentarse en la mencionada escritura de capítulos, ya que el artículo 1392.4.º del Código Civil establece que el régimen también concluirá «cuando los cónyuges convengan un régimen distinto», pero siempre «en la forma prevenida en este Código» (artículo 1315 del Código Civil).

Este Tribunal ha admitido que los cónyuges pacten lo que consideren más conveniente para sus intereses, incluso para los casos de separación y divorcio, complementando los pactos del convenio. Así se ha admitido la validez del documento privado, siempre que reúna las condiciones del contrato y no sea contrario a las normas imperativas, en las Sentencias de 22 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998 y 15 de febrero de 2002, entre otras. Ahora bien, estas sentencias no se refieren en absoluto a la disolución y liquidación del régimen de bienes, sino a pactos que constan en documentos privados complementarios del convenio regulador. Así, la de 22 de abril de 1997 se refería a un matrimonio con régimen de separación de bienes, por tanto distinto del caso que nos ocupa; la de 21 de diciembre de 1998, a la validez de un documento privado en el que se pactaba un complemento de la cantidad atribuida a la esposa en la liquidación del régimen de bienes efectuada en el convenio de separación, homologado judicialmente. Y, finalmente, la Sentencia de 15 de febrero de 2002, admitió la validez de un pacto privado en el que se establecieron determinadas cantidades en pago de cargas y alimentos. La Sentencia de 4 de diciembre de 1985 citada en el proceso, considera que un pacto en documento privado sobre liquidación de gananciales tiene naturaleza transaccional y sólo la Sentencia de 22 de noviembre de 1990 admite que la liquidación de la sociedad puede hacerse en documento privado; pero en este caso, la disolución del régimen había ya tenido lugar por sentencia dictada en procedimiento de divorcio. Por lo tanto, no hay preceden-

tes en nuestra jurisprudencia que avalen la decisión de la sentencia apelada, que admitió la validez de la disolución voluntaria del régimen de gananciales por existir separación de hecho.

La autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo que crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las leyes no exijan para la validez del acto que están realizando, el otorgamiento de escritura pública. Por ello las sentencias de esta Sala han remarcado que en los contratos entre cónyuges, que podemos calificar como atípicos, deben concurrir los elementos del artículo 1261 del Código Civil, es decir, consentimiento, objeto y causa y no deben traspasar los límites que el artículo 1255 del Código Civil impone a la autonomía de la voluntad, es decir que no deben ser contrarios a «las leyes, a la moral ni al orden público». Por lo que exigiéndose para la disolución del régimen de gananciales una de las causas establecidas en el artículo 1392 del Código Civil, cuando la disolución tenga lugar por voluntad de los cónyuges debe utilizarse la forma prescrita, para convenir un régimen distinto. Estos límites no podrán ser traspasados por los cónyuges cuando, en virtud de su autonomía, resuelvan en documento privado lo más conveniente para sus intereses.

En relación al concreto documento en que la Sra. Aurora basa la pretensión de haberse ya procedido a la disolución y correspondiente liquidación del régimen, hay que admitir los motivos del recurso de casación en base a los argumentos antes aportados y además:

1.º Porque en el propio documento privado se hacía referencia a la necesidad del otorgamiento de la correspondiente escritura pública en un plazo muy breve (un mes) desde el otorgamiento. Por ello debe considerarse que, al no otorgarse la correspondiente escritura prevista por los propios cónyuges, este contrato no se cumplió y por ello, perdió su posible efectividad.

2.º Por ello debe considerarse que los cónyuges en aquel momento eran plenamente conscientes de que el documento privado no era en ningún caso el que permitía la disolución de su régimen y ello se demuestra también por el hecho de que en el procedimiento de divorcio, iniciado once años después, ninguno de los esposos exigió el cumplimiento del acuerdo de 1976, ni se hizo ninguna referencia al mismo ni en la demanda ni en la contestación, y por ello el juez del divorcio no decidió nada especial con relación al régimen de bienes.

3.º Que en el momento de presentarse la demanda, veintiún años después de la firma del mencionado documento, la exesposa aún cobraba unas rentas de un local que según la distribución

hecha por los cónyuges en el documento de 1976, pertenecería al marido, lo que demuestra que la pretendida liquidación no se había efectuado en la realidad.

Por ello debemos aceptar el recurso de casación porque la disolución del régimen no pudo haberse efectuado en el documento privado y, aunque es cierto que la concreta liquidación puede realizarse

en este tipo de documentos, no es posible realizarla cuando la disolución del régimen no ha tenido lugar.

Como consecuencia de la estimación de los cuatro motivos, se produce la del recurso con las consecuencias para tales casos establecidas en el artículo 1715 párrafo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin hacer expresa condena en costas.

UNIONES DE HECHO

Acreditada la existencia de una unión de hecho que se prolongó durante al menos diez años y la exploración conjunta de un negocio de artesanía manteniendo cuentas bancarias comunes, se considera que existía la voluntad de creación de un patrimonio común que corresponde dividir al haber cesado aquella unión.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Purificación interpuso demanda de menor cuantía contra don Ernesto, sobre disolución y liquidación de la comunidad de bienes, solicitando que se dictase sentencia por la que: a) Se declare que entre las partes en litigio existió una convivencia paramatrimonial que generó la creación de una comunidad de bienes de la dispuesta en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, abarcando dicha comunidad los bienes existentes a la finalización de la convivencia, octubre de 1995, entre los que se encuentran la lonja y el vehículo descritos en el cuerpo de la demanda así como dinero y fondos existentes en diversas cuentas y entidades bancarias y que se determinarán en ejecución de sentencia. Y declarada la existencia de dicha comunidad de bienes, habiendo cesado la convivencia que la originó se proceda a la disolución y liquidación de la misma, asignando a cada parte la mitad de los bienes reseñados, liquidación que puede llevarse a cabo en ejecución de sentencia. b) Subsidiariamente a lo anterior, que por el Juzgado se declare que entre las partes se creó un régimen de participación, regulado en los artículos 1411 a 1434 del Código Civil, por el que ambas partes tienen el derecho recíproco de participar en las ganancias obtenidas por el otro compañero durante el tiempo en que estuvo vigente la convivencia; y por lo tanto que los bienes reseñados en el cuerpo de la demanda son el fruto de las mencionadas ganancias recíprocas. c) Subsidiariamente con las dos declaraciones anteriores, se declare que entre las partes existió una Sociedad Civil Universal de ganancia, al amparo de los artículos 1666 y siguientes del Código Civil, en especial el artículo 1675, siendo los bienes existentes en el momento de la ruptura de la unión los que se recogen en el cuerpo de la demanda. d) Y en todo caso, declarada la existencia, de manera alternativa, de una Comunidad de Bienes, de Participación, o Sociedad Civil Universal de Gananciales, habiendo cesado en la convivencia que la originó se proceda a la disolución y liquidación de la misma, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes reseñados, liquidación que puede llevarse a cabo en eje-

cución de sentencia. e) También se solicita se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo pedido en esta demanda.

- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... se dicte en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandante.»
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de los de Vitoria dictó Sentencia el 18 de febrero de 1999 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Álava dictó Sentencia el 17 de abril de 1999 estimando el recurso interpuesto por la actora y revocando la sentencia de instancia estimó sustancialmente la demanda declarando que ambos formaron durante al menos diez años una unión no matrimonial, cuya ruptura se fija el 30 de septiembre de 1995, creando una comunidad de bienes con cuotas iguales mediante los ingresos obtenidos a través de la participación conjunta en la actividad comercial que desarrollaban, cuyos bienes y cargas son los que se señalan en el fundamento de derecho quinto de esta resolución, comunidad de bienes cuya disolución procede declarar, quedando para ejecución de esta sentencia su concreta liquidación siguiendo las pautas ya señaladas.
- ⊙ Don Ernesto interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del debate está en determinar si la unión de hecho formada por las partes de este proceso, al disolverse por voluntad unilateral de Ernesto –parte antes demandada y ahora recurrente en casación–, produce el efecto con respecto a María Purificación –parte antes demandante y ahora recurrida en casación– de otorgarle el derecho como comunera a la mitad de los bienes existentes al momento de la referida disolución de la antedicha unión.

Pues bien, ya sabemos que las uniones de hecho, uniones estables de parejas o uniones *more uxorio*, cuando surge el fenómeno de su extinción por decisión unilateral de uno de sus miembros, las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto –así se explicita en la sentencia de esta Sala de 12 de septiembre de 2005–.

Ahora bien, en el presente caso en el País Vasco no existe una ley reguladora de las uniones de hecho y tampoco existe una ley general del Estado en este sentido, y como la unión en cuestión se ha realizado y nacido en Vitoria, habrá que recurrir a la segunda fase que es el de la existencia de un

pacto que regule las consecuencias de la separación.

También hay que decir que en la unión de hecho en cuestión no existe una plasmación de un pacto expreso en este sentido. Pero, ahora bien, sí se puede afirmar la admisibilidad de unos pactos tácitos –*facta concludentia*– en el presente caso, y así se infiere del exhaustivo análisis hermenéutico efectuado en la sentencia recurrida, que por su racionalidad y lógica debe ser mantenido en esta fase procesal.

Y así es, si se parte de dos premisas, como son, una, que la duración de la unión –al menos diez años– y otra, la explotación comercial en común –una venta de artesanía–, con todo un juego de cuentas bancarias en común.

Como conclusión hay que decir que hay datos suficientes para determinar que en dicha unión de hecho existía la voluntad de creación de un patrimonio común que corresponde dividir.

El segundo motivo lo residencia la parte recurrente también en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ya que en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, se han infringido los artículos 392 y 393, ambos del Código Civil.

Este motivo también debe ser desestimado. Se dice lo anterior en razón a que en la sentencia recurrida se ha aplicado perfectamente lo dispuesto en el artículo 393 del Código Civil, desde el instante mismo en que se fija de una manera muy concreta la cuota participativa y el objeto de la comunidad, y sobre todo se ha par-

tido de la base de la presunción establecida en dicho precepto para determinar la igualdad de las posiciones, y es así, ya que la parte recurrente en casación no ha destruido tal presunción de igualdad, alegando la prueba suficiente para decir que en tal comunidad a repartir, había bienes de su exclusiva propiedad.

UNIONES DE HECHO

Se declara la existencia entre los convivientes de *affectio societatis* sin que sea obstáculo para ello que la conviviente, a efectos de la seguridad social, apareciese como empleada de hogar del conviviente, y en consecuencia se acuerda condenar a la conveniente a abonar al actor una cantidad por enriquecimiento injusto habida cuenta que aquella enajenó a un tercero un inmueble que se adquirió durante la convivencia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Manuel interpuso demanda de menor cuantía contra doña María y don Pedro, solicitando que se dictase sentencia por la que: B) Declare que el Sr. Manuel era propietario, al tiempo de otorgarse la escritura de compraventa entre María y Pedro el 20 de septiembre de 1994, de la mitad indivisa de la siguiente finca: «URBANA: Porción de terreno, situado en el término municipal de Olivella y partida La artiga, que constituye las Parcelas 24, del Polígono 4, manzana C, de la Ciudad Residencial Las Colinas, de setecientos sesenta y un metros cuadrados». B) Que asimismo declare que en la misma fecha, don Manuel, era propietario de una mitad indivisa de la CASA construida sobre la finca detallada en punto A) anterior. C) Que declare la nulidad de la escritura de compraventa celebrada el 24 de septiembre de 1994 entre doña María y don Pedro por inexistencia de objeto, o de error, y condene a ambos a restituirse recíprocamente las prestaciones con los efectos legales inherentes a tal declaración. D) Como consecuencia también de lo anterior ordene la cancelación y modificación de las inscripciones registrales que sean precisas para hacer efectivos los anteriores pronunciamientos. E) Subsidiariamente, y sólo para el caso improbable que no sean estimadas las anteriores demandas, se estime la existencia de un enriquecimiento injusto sin causa en doña María en perjuicio de don Manuel y condene a la primera a pagar al segundo la cantidad que se determine en período probatorio o ejecución de sentencia por lo indebidamente enriquecido sobre la base del valor de la mitad de la finca y casa sobre ella construida que se detallan en los puntos A) y B) de este suplico o, subsidiariamente, sobre la mitad del precio real obtenido si fuese mayor que la mitad del valor de los gastos realizados por el Sr. Manuel. F) En todos los casos, condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones. G) Estimando cualquiera de las pretensiones anteriores, condene a los demandados al pago de las costas causadas en esta instancia.

⊙ Doña María contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos, planteó cuestión de competencia por declinatoria de falta de competencia territorial y, para caso

de no estimarse, excepción dilatoria del artículo 533.1.º de la anterior LEC, y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia donde se acordara la desestimación íntegra de la demanda deducida, con expresa imposición de costas a la actora.

⦿ Asimismo, contestó a la demanda el demandado don Pedro, alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos, solicitando se dicte sentencia apreciando la excepción perentoria de falta de legitimación activa *ad causam*, y en caso de entrar en el fondo se absuelva libremente al citado demandado, con expresa condena en costas al demandante.

⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia número Cuatro de Barcelona dictó Sentencia el 16 de septiembre de 1998 estimando parcialmente la demanda y declarando que don Manuel era propietario al tiempo de otorgarse la escritura de compraventa entre María y Pedro el 20 de septiembre de 1994 de la mitad indivisa de la finca consistente en una porción de terreno inscrita en el Registro de la Propiedad de Sitges, Ayuntamiento de Olivella así como de la mitad indivisa de la finca de la casa construida sobre la finca mencionada y descrita en la inscripción 3.ª del Folio registral de la citada finca; y estimando la existencia de un enriquecimiento sin causa en doña María en perjuicio del actor por la venta inconsentida de las mencionadas casa y parcela, debo condenar y condeno a dicha demandada a pagar al actor la cantidad indemnizatoria total de 7.304.250 pesetas, la cual devengará el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial, y ello con condena en costas a la expresada codemandada. Y desestimando íntegramente la demanda de Juicio de Menor Cuantía formulada por Manuel contra Pedro debo absolver y absuelvo a dicho demandado de las pretensiones del actor, con imposición a éste de las costas del juicio.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 14.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 16 de julio de 1999 estimando en parte la adhesión formulada por Manuel y revocando parcialmente la sentencia del juzgado en el sentido de que el importe de la indemnización dimanante del enriquecimiento sin causa se determinará en ejecución de sentencia, por un perito designado de común acuerdo por las partes, o en su defecto por insaculación, el cual deberá dictaminar sobre el valor en venta del terreno y la vivienda en 20 de septiembre de 1994, condenando a la demandada a pagar al actor el 50% de dicho importe, con los intereses legales desde la interposición de la demanda, confirmando el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia apelada, y sin efectuar declaración especial respecto de las costas de esta alzada en relación a dicho recurso. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por María, a la que se imponen las costas de esta alzada en relación al mismo.

⦿ Doña María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables, concretamente de los artículos 1346, 1347 y 1437 del Código Civil y de la Jurisprudencia sobre efectos patrimoniales de las uniones de hecho o *more uxorio* y sobre la *affectio societatis*. En el desarrollo argumental del motivo la parte recurrente niega la existencia de la *affectio societatis*, porque si bien reconoce que durante un tiempo existió una unión de hecho entre la demandada y ahora recurrente y el demandante, cada uno decidió desde un principio mantener su independencia en lo privado y en lo económico. En

el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia impugnada la Sala *a quo* basa la existencia de la *affectio societatis* en la valoración conjunta de la prueba, ratificando las conclusiones de la Juzgadora de instancia, y añadiendo otros datos y circunstancias que considera probados y robustecen su convicción. La parte recurrente, para llegar a la conclusión fáctica radicalmente contraria a la alcanzada en ambas instancias, se basa en su particular valoración de la prueba practicada, incurriendo de tal modo en el vicio casacional de realizar 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 y 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 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 por la vía casacional adecuada, pues si la parte actora no estaba conforme con la valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida debió articular uno o varios motivos de casación, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la LEC, con cita además 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 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, aun invocando formalmente la infracción de preceptos sustantivos, con lo cual no se pretende otra cosa que convertir esta casación en una tercera instancia, lo cual en modo alguno es, como tiene esta Sala reiteradamente declarado. Consecuentemente, el motivo fenece.

El segundo motivo se formula por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, concretamente del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 359, 1214, 1218 y 1250 del Código Civil. El motivo incurre en el defecto de técnica casacional consistente en mezclar preceptos diversos y heterogéneos, en detrimento de la claridad y precisión expositivas exigibles en este recurso extraordinario y que viene exigiendo esta Sala en la aplicación e interpretación del artículo 1707 de la LEC, mezclando en el mismo cuestiones de hecho y de derecho, como si de un escrito de alegaciones se tratara. Es

doctrina reiterada de esta Sala que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, ajena a lo que sería una tercera instancia, no permite la cita masiva de preceptos en un mismo motivo, ni fundar éste en la infracción de preceptos heterogéneos (SSTS 2 de junio de 1995, 11 de marzo de 1996, 28 de mayo de 1996, 22 de enero de 1997, 16 de marzo de 1999, 25 de enero de 2000 y 23 de febrero de 2000) sin concretar con razonamientos separados la pertenencia y fundamentación del recurso, en relación con los preceptos supuestamente infringidos, defectos patentes en el motivo examinado. Ello es razón suficiente para la desestimación del motivo, pero cabe ofrecer otras. Así, se señala en el presente motivo que se dan por reproducidos los argumentos del anterior, con lo cual es obvio que se impregna al presente del mismo vicio casacional que afectaba al motivo primero, consistente en una patente petición de principio o supuesto de la cuestión.

A su vez la alegación de la infracción del artículo 1214 del Código Civil es improcedente en casación cuando el juzgador basa su convicción en la prueba practicada. Así es constante doctrina de esta Sala la que afirma que la excepcionalidad de la invocación casacional del artículo 1214 del CC, al no contener regla valorativa de prueba, sino distributiva de su carga, queda limitada a los casos en que, ante la absoluta ausencia de prueba sobre un determinado extremo, el juzgador haya invertido las reglas distributivas de su carga, haciendo recaer indebidamente sobre quien invoca las reglas, las consecuencias de la falta de prueba (cfr. SSTS 18 de mayo de 1993, 21 de julio de 1993, 13 de diciembre de 1994, 16 de junio de 1995, 22 de septiembre de 1996, 19 de septiembre de 1997, 8 de junio de 1998, 16 de junio de 1998 y 29 de junio de 1998, entre otras), pero sin que, mediante dicho precepto, se pueda discutir la convicción del juez sobre la prueba efectivamente practicada, toda vez que no contiene una norma valorativa de prueba (SSTS 30 de marzo de 1995, 10 de octubre de 1995, 19 de septiembre de 1997 y 8 de junio de 1998). Los criterios expuestos, aplicados al motivo que se estudia, determinan la inexistencia de la infracción denunciada, pues lejos de encontrarnos ante una ausencia de prueba y una correlativa inversión de la carga probatoria, se ha examinado pormenorizadamente por el Tribunal de apelación la profusa prueba practicada.

Ello se observa en la sentencia apelada, en la cual se estima probada la *affectio societatis*, resultando de la valoración conjunta de la prueba, y en particular de la testifical, ratificando las conclusiones alcanzadas en la primera instancia y añadiendo el dato de que la primera vivienda común ya se hizo constar a nombre de ambas partes, y que al momen-

to de venderla, en noviembre de 1992 (fol. 67), incluso hicieron constar que estaban casados entre sí. En cuanto a la actividad laboral e independencia económica de la demandante, la Audiencia tiene en consideración la existencia de otros elementos probatorios, como los datos de la seguridad social, figurando como empleada del actor, y las dudas e irrelevancia de los traspasos de negocios realizados por la demandante al ser anteriores a la vida en común, y los suma a los que entiende acertados razonamientos de la sentencia de instancia, en la que se concluyó la ausencia de actividad laboral propia e independiente de la demandante, teniendo en cuenta y valorando abundantes pruebas documentales, testificales, de confesión y la propia inoperancia probatoria de la interesada, extrayendo la conclusión de que resultaban indudablemente de mucha mayor consistencia en cuanto al hecho de la falta de ocupación laboral de la Sra. María las pruebas aportadas por la parte actora, quedando en consecuencia desvirtuadas las aportadas por la Sra. María. Y es que ésta acompañó a su contestación a la demanda una abundante prueba documental destinada a probar su independencia económica del actor y también propuso prueba testifical. La Audiencia tiene también por acreditados los pagos con fondos propios del demandante, valorando abundante prueba testifical. Consecuentemente, no se está ante ausencia de prueba e indebida distribución de la carga probatoria, siendo doctrina de esta Sala que no altera el Juez el principio de carga de distribución de la carga de la prueba si realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora luego en su conjunto el resultado (SSTS de 25 de mayo de 1983 y 20 de octubre y 31 de diciembre de 1997).

En cuanto a la alegación de impugnación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, debe recordarse que éste establece una presunción legal de titularidad en favor del titular registral, pero que tal presunción es, obviamente, *iuris tantum*, y puede ser dejada sin efecto por la prueba en contrario, como ha ocurrido en el presente supuesto. En cuanto a la invocación del artículo 359 del Código Civil, éste establece una presunción a favor del propietario del terreno en el sentido de que las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el mismo y a su costa, salvo prueba en contrario, siendo precisamente objeto esencial del presente litigio el determinar que la propiedad sobre el terreno y la edificación pertenecía por mitad a las partes, como así se ha estimado probado. Por lo que respecta a la infracción del artículo 1218 del Código Civil que establece que los documentos públicos, en este caso, la escritura pública de venta del inmueble que la demandada hizo a don Pedro, hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha

de éste, y que también harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en los mismos hubiesen hecho, debo recordarse que, de acuerdo con abundantísima jurisprudencia, cuya cita por conocida resulta ociosa, no hace prueba de la veracidad intrínseca del documento, en este caso en cuanto a la titularidad exclusiva del inmueble por la demandada, que es lo que se discute en el pleito, sin que las declaraciones hechas en el mismo vinculen al actor, al no ser parte en él.

En cuanto a la infracción del artículo 1250 del Código Civil, ha de señalarse que dicho precepto no impide que los hechos favorecidos por una presunción legal puedan ser contradichos, como ha sucedido en el presente supuesto, por una prueba contraria (STS de 20 de marzo de 1998). No cabe, como se hace por la recurrente, pretender extender la aplicación de la presunción legal de titularidad a favor del que figura inscrito en el Registro a todas las cuestiones de hecho que surgen en la presente litis, como son la falta de existencia de la *affectio societatis*, o que la demandada tuviera o no actividad laboral propia, o a si efectuó los pagos del inmueble, pues se trata de aspectos controvertidos que constituyen la base probatoria de la acción declarativa de dominio, y han sido objeto de prueba por ambas partes, la que, valorada en su conjunto por el Tribunal *a quo*, ha supuesto que se estime la petición de declaración de ser el demandante propietario, al tiempo de otorgarse la escritura, de la mitad indivisa de la finca y construcción.

Por el contrario, la parte recurrente argumenta el motivo con sucesivas referencias a la valoración de las pruebas de testigos, contradiciendo hechos declarados probados, como cuando argumenta que el demandante no pagó una sola peseta ni por el terreno ni por la construcción de autos, estimando, desde su particular visión de la controversia, que el actor no ha probado los hechos y se ha invertido la carga de la prueba, lo cual no es acogible por lo ya expuesto, y ello sin renunciar a someter a esta Sala sus propias conclusiones sobre el resultado de la prueba, que contrastan drásticamente con las obtenidas por el órgano de apelación, lo que supone intentar convertir a esta Sala de casación en una tercera instancia revisora de la integridad del proceso, lo cual es totalmente ajeno a su naturaleza y finalidad, razones todas ellas unidas a las anteriores expuestas que hacía que el motivo debe rechazarse.

El tercer motivo se formula por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables, concretamente de los artículos 1248 y 659 de la LEC. En el presente procedimiento ha sido practicada una nutrida

prueba testifical, que ha sido valorada conforme a las reglas de la sana crítica, alegando la recurrente, manifiestamente de modo parcial e interesado, que los testigos de la contraparte incurrieron en numerosas contradicciones y eran trabajadores o amigos del actor, mientras que los por ella presentados en ningún momento se habrían contradicho, justo lo contrario de lo apreciado por el Juzgador de instancia cuando, concienzudamente, analiza el resultado de la testifical, que no ha sido la única tenida en cuenta por los órganos de instancia. En este sentido constituye constante doctrina de la Sala, expresada, por ejemplo, en la Sentencia de 7 de julio de 2004, la que declara que la prueba testifical es de libre valoración por el Juzgador de instancia y, por consiguiente, no es susceptible de

ser revisada en casación, ya que el artículo 1248 del Código Civil tiene mero carácter admonitivo, y como tal es facultativo –no preceptivo–, por lo que no contiene una regla de prueba legal; y que el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al referirse a las reglas de la sana crítica, no contiene una pauta de valoración tasada, pues aquéllas no constan en norma jurídica positiva, por lo que no pueden citarse como infringidas en casación, dada la acentuada nota de discrecionalidad valorativa de dicha prueba. En consecuencia, no procede la estimación del motivo, ya que no puede tacharse la valoración de la prueba testifical por la Sala *a quo* de ilógica o arbitraria.

SUCESIONES

Rescisión de la donación efectuada por los padres a favor de la hija cuando, con anterioridad a la donación, la Agencia Estatal de Administración Tributaria había seguido diversos procedimientos contra aquéllos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excm.a. Sra. doña Encarnación Roca Sánchez

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Gustavo y su esposa, doña Araceli donaron a su hija Aurora, unos inmuebles de su propiedad el 15 de mayo de 1995.
- ⊙ Con anterioridad a dicha donación, la Agencia estatal de Administración tributaria había seguido diversos procedimientos contra don Gustavo por diversas deudas, había instado diversos embargos, que resultaron negativos.
- ⊙ El Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT Delegación de Valladolid) interpuso demanda de menor cuantía contra don Gustavo, doña Araceli y doña Aurora, solicitando que se dictase sentencia por la que estimando la demanda: 1.º Se declare rescindida la donación impugnada de la vivienda de la calle ... y la parcela de sita en Mojados por haber sido celebrada en fraude de la Hacienda Pública acreedora. 2.º Se ordene la cancelación de las inscripciones registrales de las referidas fincas donadas y que constan respectivamente en los Registros de la Propiedad núm. 1 de los de Valladolid. 3.º Se impongan a los codemandados el pago de las costas.
- ⊙ Los demandados se personaron en autos y solicitaron la desestimación de la demanda.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. Uno de Valladolid dictó Sentencia el 22 de septiembre de 1998 desestimando la demanda.

- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Valladolid estimó el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y declaró rescindida la donación por haber sido celebrada en fraude de la Hacienda Pública acreedora, ordenándose la cancelación de las inscripciones registrales de las referidas fincas donadas.
- ⦿ Don Gustavo y doña Araceli interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción o aplicación indebida de los artículos IIII, 1291.3º, 1294, 1297 y 643 del Código Civil; los artículos 10 y 28 de la ley 230/1963, de 28 de diciembre, General tributaria y del artículo 55.2 del reglamento General de Inspección de los Tributos y el artículo 20 del reglamento General de recaudación. Aunque formalmente se presenta sobre la base de un único motivo, el recurso distingue varios submotivos, que responden a la enumeración de las disposiciones citadas y se examinarán, en consecuencia, separadamente. Los argumentos principales del recurso se refieren a la existencia o no de obligaciones tributarias a cargo del recurrente y, consecuentemente, niegan la posibilidad de éxito de la acción revocatoria por fraude de acreedores interpuesta por la Hacienda pública.

Respecto de la existencia de la deuda tributaria, el recurso alega la infracción de las normas de la Ley General Tributaria y los reglamentos que la desarrollan para llegar a concluir que dichas deudas no existían en el momento de la reclamación. En relación a este punto, debe decirse que si bien resulta doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que los motivos del recurso de casación civil deben sustentarse en normas de derecho privado, estando vedada la alegación de normas administrativas o fiscales para su cobertura (Sentencias de 27 de marzo y 25 de octubre de 2001 y 21 de enero de 2002), hay que entender que en algunas ocasiones, como resulta en el presente recurso, esta doctrina debe ser y ha sido matizada por la propia Sala, porque la acción aquí ejercitada supone la necesidad de fijar la existencia de una deuda, para lo que deben utilizarse normas que determinan la existencia o no de obligación a cargo de quien resulte ser deudor, como ocurre en la sentencia de 11 de octubre de 2001. Por ello no es rechazable esta alegación y más como en este caso, en que se efectúa conjuntamente con las normas civiles aplicables al caso.

La existencia de obligaciones a cargo del hoy recurrente ha resultado probado en la sentencia recurrida, que considera que existe un crédito a favor de la Hacienda pública, como consecuencia de las actas practicadas por la Dependencia de la Inspección de la AEAT de Valladolid. Ésta es una cuestión que no ha sido impugnada por el recurrente por el cauce del error de derecho en la valoración de la prueba, por lo que debe ser rechazada la argumentación relativa a la interpretación de la sentencia recurrida respecto de la existencia o no de la mencionada obligación.

Respecto de la acción revocatoria de la donación efectuada por los cónyuges a su hija, ejercida por Hacienda, debemos examinar si concurren los requisitos para su efectividad, que se exigen en los artículos IIII y 1294 del Código Civil.

1.º Respecto de la existencia del crédito, se ha probado ya, como se ha afirmado en el fundamento anterior, que el donante resultaba deudor por obligaciones tributarias por las deudas que ya se habían cuantificado. Pero Hacienda reclamaba al recurrente algunos otros pagos correspondientes a impuestos sobre el IVA, el IRPF y por otras retenciones y pagos a cuenta de diversos ejercicios entre los años 1990 y 1993. Con relación a estas obligaciones, la sentencia recurrida aplica correctamente la doctrina de esta Sala, contenida 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. De acuerdo con la doctrina sentada en estas sentencias, el requisito relativo a la preexistencia del crédito «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. En definitiva, el crédito de Hacienda nace cuando se produce el hecho imponible, aunque carezca de cuantificación definitiva o de inmediata exigibilidad. De este modo, hay que concluir que el donante y ahora recurrente era ya deudor, aunque faltase el requisito de la determinación de la cantidad, por lo que el requisito de la preexistencia del crédito se cumplió (Sentencia de 28 de diciembre de 2001).

2.º El segundo requisito es el relativo a la intención de defraudar. Los artículos 1297 del Código Civil y 643.2 del Código Civil presumen la fraudulencia de las donaciones efectuadas por el deudor. Ciertamente, esta presunción admite prueba en contrario, pero en este procedimiento no ha resultado destruida por quien debía hacerlo, es decir, los demandados, de modo que no es exigible que el demandante pruebe el *consilium fraudis*, al venir facilitada la acción por esta inversión de la carga de la prueba.

3.º El tercer requisito es el relativo a la existencia de bienes suficientes para la satisfacción del crédito, según exigen los artículos 1111 y 1294 del Código Civil. La sentencia recurrida distingue dos grupos de deudas tributarias: a) la de 2.923.317 ptas. (17.569,49 euros), que estaba cubierta con unos bienes inmuebles que tenía el deudor en copropiedad con sus hermanos; y b) las aún no cuantificadas pero ya nacidas y existentes y correspondientes a diversos ejercicios de IVA, IRPF y otros anteriores a la donación, para las que no existen bienes suficientes en el patrimonio del deudor.

Respecto a la posibilidad de que Hacienda ejerza la acción revocatoria para el cobro de esta parte de las deudas hay que señalar que la cuestión ha quedado ya resuelta en las consideraciones anteriores, ya que tratándose de una deuda nacida y de previsión cierta, en la que las actuaciones de los inspectores de Hacienda sólo producirán los efectos de cuantificar el importe del débito, pero no creando la obligación, debe entenderse que todo acto que produzca una lesión de este crédito, de manera que los bienes disponibles no sean suficientes para satisfacer los derechos de los acreedores, comporta la consecuencia de que el acto de disposición haya de ser calificado como realizado en fraude de acreedores.

SUCESIONES

Nulidad de la donación por falta de capacidad de la donante, no siendo necesaria que esté declarada la incapacidad judicialmente.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Rebeca interpuso demanda de menor cuantía contra doña Frida solicitando que se dictase sentencia por la que se declare la nulidad del contrato de donación celebrado entre doña Gema y doña Frida el 14 de abril de 1994 en relación con el piso de Palencia.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda la representación procesal de doña Frida 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 «... en su día sentencia desestimando la demanda, sin entrar o, alternativamente, entrando en el fondo del asunto, con imposición –en cualquier caso– de las costas del procedimiento a la parte actora.»
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Palencia dictó Sentencia el 13 de junio de 1998 estimando la demanda y declarando nula por falta de consentimiento la donación efectuada por doña Gema a su hija Frida y formalizada en escritura pública de 14 de abril de 1994.

⊙ En grado de apelación la AP de Palencia dictó Sentencia el 6 de mayo de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Frida.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Rebeca, en su condición de tutora de su madre doña Gema, interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Frida, interesando que se declarara la nulidad del contrato de donación, celebrado mediante escritura pública de fecha 14 de abril de 1994, por el que la Sra. Gema donaba a su otra hija —la demandada doña Frida— la vivienda de su propiedad, alegando como causa de nulidad la falta de consentimiento válido de la donante al padecer enfermedad que le incapacitaba para ello.

El único motivo en que se apoya el recurso refiere la infracción de lo dispuesto en el artículo 1263 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial referida a la presunción de capacidad del otorgante en cualquier negocio jurídico mientras no se acredite su falta, con cita de la Sentencias de esta Sala de 10 de abril de 1987, 26 de septiembre de 1988, 13 de octubre de 1990 y 4 de mayo de 1998.

El artículo 1263 del Código Civil, que la parte recurrente estima infringido, se limita a proclamar que no pueden prestar el consentimiento contractual los menores no emancipados y los incapacitados, pero dicha norma no agota los posibles casos en que el consentimiento pueda considerarse inexistente, sino que su correcta interpretación lleva a estimar que en tales supuestos legalmente previstos no existe consentimiento eficaz y tal conclusión no puede ser combatida ni siquiera mediante la aportación de prueba en contrario. Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso, la Sentencia de 24 de septiembre de 1997 afirma que «en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad», y las de 18 de mayo de 1998 y 29 de marzo de 2004, éstas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la presunción *iuris tantum* de capacidad del otorgante cuya incapacidad no haya sido previamente declarada —presunción que queda reforzada además por la intervención notarial— pero admiten

la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad.

Pues bien, en el caso presente la Audiencia no ha infringido tal doctrina sino que, partiendo de su observancia, ha valorado las pruebas practicadas y de ellas ha extraído razonadamente que la donante carecía de capacidad suficiente para la formación de su voluntad de modo jurídicamente relevante, aun cuando la sentencia que declaró su situación de incapacidad, dando lugar a la constitución de la tutela en la persona de la hija hoy demandante doña Rebeca, se dictara con fecha 1 de febrero de 1996, posterior a la de la donación cuya nulidad se postula, que tuvo lugar mediante escritura pública otorgada el 14 de abril de 2004.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial dedica su fundamento jurídico tercero a la valoración de las pruebas practicadas sobre la salud mental de la donante y afirma que «de la valoración conjunta de la prueba practicada la conclusión a la que debe llegarse es que el consentimiento de doña Frida en el momento de otorgar la escritura de donación estaba viciado y por tanto no puede afirmarse que estaba en el dominio de sus facultades y que era consciente de lo que hacía»; y más tarde añade, tras releger incluso la valoración de la prueba testifical que la juzgadora de primera instancia había tenido en cuenta a la hora de afirmar la situación real de incapacidad, que «en el presente caso existe una prueba incontrovertible del deterioro mental que vició el consentimiento de doña Frida, que resulta de la valoración de la prueba documental que obra en autos en los folios 124 y 125 de las actuaciones, y dentro de la historia clínica remitida por el Hospital Do Meixoeiro de la localidad de Vigo, en la que consta cómo en fecha 15 de junio de 1993 —diez meses antes de otorgarse la donación— se efectuaron exploraciones radiológicas a doña Frida de donde resultó la observación directa de la existencia de una atrofia cerebral mixta de predominio cortical y cerebelosa», lo que en el referido fundamento jurídico se pone en relación con la propia prueba pericial practicada en los autos para llegar a la conclusión ya apuntada.

Resulta así que lo que en realidad combate el recurso, por vía inadecuada, es la propia valora-

ción de la prueba llevada a cabo en la instancia, lo que está vedado en casación salvo que se articule mediante un motivo específico referido al error en la valoración de la prueba con cita como infringido de precepto legal que discipline dicha valoración (Sentencias de 26 de diciembre de 1995, 25 de febrero de 1997, 23 de enero de 1998, 13 de abril de 1999, 31 de marzo de 2003 y 22 de julio de 2004); ya que, como también tiene declarado con reiteración esta Sala, la casación no constituye una tercera instancia sino un medio de impugnación de carácter extraordinario dirigido a poner de manifiesto las posibles infracciones de normas legales producidas en la instancia, sin que quepa una revisión general de lo resuelto en las mismas mediante una nueva valoración del material probatorio ya tenido en cuenta (Sentencias de 31 de mayo de 2000, 7 de febrero y 10 de abril de 2003, 28 de octubre de 2004 y 12 de mayo de 2005, entre otras muchas). Por otra parte las Sentencias de 26 de abril de 1995 y 29 de marzo de 2004, señalan que la apreciación de capacidad en los

otorgantes de un negocio jurídico es cuestión de hecho sometida al Tribunal de instancia.

Por último, ninguna relevancia ha de atribuirse a lo razonado por la parte recurrente en el sentido de que la sentencia de primera instancia parte de la situación de enfermedad de la donante y su evolución en el tiempo para «presumir» que la misma se encontraba afectada por una «incapacidad natural», ya que en realidad no se trata de una presunción prevista en el artículo 1253 del Código Civil –inadmisible para concluir un estado de incapacidad– sino de la valoración de pruebas directas de las que se deduce la situación de incapacidad, y en todo caso tal argumentación no es la empleada por la Audiencia, debiendo recordarse que el recurso de casación se da contra la sentencia de apelación y no contra la de primera instancia (Sentencia, entre las más recientes, de 13 de mayo de 2005).

En definitiva ha de rechazarse el único motivo del recurso.

SUCESIONES

Anulación de la partición hereditaria debiendo incluirse en la misma lo que constituyó el objeto de una donación que se considera inoficiosa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Constantino, doña Araceli, doña Soledad y doña Julieta promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Concepción, don Eusebio y doña Nieves, en ejercicio de las acciones de impugnación de partición hereditaria y de complemento, respecto de la herencia de su abuela doña Raquel, solicitando la nulidad de la compraventa celebrada el 18 de febrero de 1984 por inexistencia de precio debiendo tener dicha operación la consideración de donación, la anulación de la partición formalizada y protocolizada el 19 de octubre de 1993, la reducción por inoficiosa de la donación realizada en escritura pública el 8 de noviembre de 1976 y la formación de nueva partición.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se opusieron a la misma, alegando con carácter previo la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y respecto al fondo, manifiestan que la partición realizada en su día no lesiona los intereses de los actores dado que no perjudica las legítimas de éstos.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Denia dictó Sentencia el 17 de abril de 1997 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó Sentencia el 26 de febrero de 1999 confirmando la sentencia del juzgado.

⊙ Don Constantino, doña Araceli, doña Soledad y doña Julieta interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó: 1.º, la anulación de la partición formalizada por los contadores partidores, protocolizada en escritura pública de 19 de octubre de 1993 ante el Notario don Salvador Alborch Domínguez; 2.º, la formación de nuevo inventario, donde deberá incluirse la mitad indivisa de la finca ..., que fue objeto de donación por doña Raquel a su hijo don Lucas mediante escritura pública de fecha 8 de noviembre de 1974, a los efectos del cómputo para la legítima de los demandantes, con remisión a lo indicado en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia; 4.º, la formalización de nueva partición y asignación de bienes; y 5.º, absolvemos a los demandados de las demás peticiones interesadas contra ellos en el suplico de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1243 del Código Civil, en relación con el artículo 632 de aquel ordenamiento, por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha omitido su valoración, donde el Perito judicial dictaminó que el valor del inmueble sito en Denia es de 249.920.000 pesetas, y, por tanto, el valor de su mitad indivisa es de 124.960.000 pesetas, sin embargo la Audiencia determina un importe a dicha parte indivisa de 150.000 pesetas y manifiesta que los actores pretenden otro de 9.915.154 pesetas– se desestima porque, de una parte, la sentencia recurrida no ha utilizado la prueba pericial en su argumentación para dar respuesta al debate, y de otra, esta Sala tiene declarado que el dictamen de peritos no acredita irrefutablemente un hecho, sino simplemente el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados, sin vincular en absoluto a los Jueces y Tribunales, ya que éstos, conforme previene el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueden apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de peritos (STS de 16 de octubre de 1980), y también que las pruebas periciales son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los Jueces pueden prescindir de las mismas (STS de 10 de febrero de 1994).

Los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, todos con cobertura en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –uno, por aplicación indebida del artículo 654, en relación con los artículos 818.2 y 1045.1, todos del Código Civil, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia ha expresado que el valor del bien donado al tiempo de la donación, 18 de noviembre de 1974, era de 150.000 pesetas, pero ello, a esa fecha, carece de relevancia jurídica, pues el artículo 654 se refiere al cómputo del valor líquido de los bie-

nes del donante al tiempo de su muerte, pero no menciona cuándo ha de procederse a la valoración de los bienes del *donatum* (que es el valor de las donaciones y actos a título gratuito hechos en vida por el causante), y éste se determinará al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, según la reforma de los artículos 818.2 y 1045.1 por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, –aplicando la misma regla a la reunión ficticia del *donatum* y el *relictum* (el cual es el valor de los bienes y derechos del causante que quedan al tiempo de la apertura de la sucesión, es decir, de su fallecimiento, que no se extingan por su muerte, tal como ha previsto el artículo 659 del Código Civil) para calcular la legítima, en esa operación que el artículo 818.2 denomina colación, y, evidentemente, el valor del bien donado (solar es, su mitad indivisa, de 124.960.000 pesetas, a la fecha del 7 de julio de 1988, según el dictamen pericial, y la realidad física del bien no ha tenido cambio desde la fecha de la donación, pues nos referimos siempre a su valor como solar y no a las edificaciones y elementos de industria que constan en la escritura de donación, elementos que, en función del valor como solar, carecen de relevancia, y la donación hecha con dispensa de colación impide el juego del artículo 819, pero no el del artículo 818.2 como recuerda, quizás innecesariamente, el inciso final del artículo 1036, «salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa», sin que pueda determinarse tal particularidad sin su computación para el cálculo de la legítima; otro, por inaplicación del artículo 636 del Código Civil, ya que, según reprocha, la sentencia de la Audiencia ha ignorado la donación de la mencionada mitad indivisa del solar «[...]», que tiene un valor computable de 124.960.000 pesetas, sin que la dispensa de colación concedida por la causante quiera decir que no se compute lo donado en el inventario para saber si la testadora se ha extralimitado; y el restante, por inaplicación de los artículos 655, 659 y 1056 del Código Civil, debido a que, según censura, la sentencia de apelación no ha tenido en cuenta que los demandantes probaron que el valor de determinados bienes donados

por la testadora por actos *inter vivos*, excede en mucho de lo que ésta podía donar, y, por tanto, la donación ha de reducirse por inoficiosa en cuanto que perjudica la legítima de los demandantes— se examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento, y se estiman por las razones que se dicen seguidamente.

El artículo 654 y los dos siguientes desarrollan la inoficiosidad de las donaciones, y así, al fallecimiento del donante, se computan las donaciones, las cuales se imputan a la legítima, si el donatario es, a su vez, legitimario, pues aquélla se atribuye, amén de por otros medios, por donaciones, que, con lo que deja el donante a su muerte, sirve para su cálculo; es el *donatum*, que se suma al *relictum*, y si con este último no hay bienes suficientes para que los legitimarios perciban sus legítimas, las donaciones son inoficiosas y habrá que rescindir las total o parcialmente para alcanzar los bienes suficientes para cubrir las legítimas, que es lo que establece el primer párrafo, inciso primero, del artículo 654, con la significación de que, si la donación es inoficiosa, se reducirá lo que sea necesario para defender las legítimas.

Esta Sala tiene declarado que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración, en atención a los artículos 636 y 654 del Código Civil, y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la de libre disposición; no se genera entonces suplemento de la legítima, al no resultar perjudicado el heredero forzoso en dicha porción legal y no tiene lugar la imputación cuando en el artículo 1037 se establece que la colación no procede, si el testador así lo dispone, salvo el supuesto de inoficiosidad; lo que hay que entender es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinde de aquéllas en el inventario general de los bienes del causante para imputarlas donde resultase preciso (SSTS de 6 de junio de 1962 y 21 de abril de 1997).

El segundo párrafo del artículo 818 del Código Civil establece que «al valor líquido de las de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables» y la expresión «colacionables» no cabe interpretarla en un sentido rigurosamente técnico, y, en esta hermenéutica, deben incluirse en el cálculo cualquier clase de donaciones, salvo aquellas que se consideren no computables, respecto a las cuales, para fijar el importe de la legítima, el artículo 818, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981, ha suprimido el inciso final, relativo a que la donación debía computarse según el valor que tuviese en el tiempo en que se hubiese hecho, y ante el silencio legal, la doctrina científica mayoritaria mantiene que la estimación pecuniaria se hará según el estado físico que mantuviere el bien

al tiempo de la donación, pero teniendo en cuenta el correspondiente cuando se evalúen los bienes hereditarios, de manera que con ello se evita la inclusión en la valoración de las mejoras efectuadas por el donatario.

Por otra parte, la doctrina jurisprudencial, sobre la redacción actual del artículo 1045 del Código Civil, tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha declarado que se ha de atender al valor de lo donado al tiempo de su evaluación (STS de 28 de abril de 1988); la modificación del artículo 1045 consistió en referir el tiempo del evalúo al momento en que se tasan los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación (STS de 17 de marzo de 1989); el artículo 1045 establece como importancia constatable de la colación el sistema *ad valorem*, es decir, que no han de traerse a colación las mismas cosas donadas, sino su valoración al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, lo cual es absolutamente lógico, ya que al tratarse de una prestación de valor, en principio, había que tener en cuenta el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, al fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria, y en este sentido se ha inclinado la doctrina científica moderna y la doctrina jurisprudencial (SSTS de 9 de julio de 1982, 17 de marzo de 1987 y 22 de noviembre de 1991); además, el párrafo primero del artículo 1045, tanto desde el punto de vista finalista, como desde el conceptualista, permite una hermenéusis literal, que no admite duda, y ello desde el instante mismo de que es lógico y sobre todo justo que la frase «al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios» significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá hacer en el instante de practicarla (STS 4 de diciembre de 2003); y el artículo 1045, en su actual redacción, adopta, frente al sistema anterior, el de colación *ad valorem*, por lo que el valor de los bienes que hubieren sido objeto de donación se proyecta a tiempo posterior al de la propia donación, ya que tiene lugar en el momento de evaluar los dejados en herencia (STS de 20 de junio de 2005).

En el supuesto debatido, la resolución recurrida ha manifestado que «si el valor líquido de los bienes relictos a la sucesión del donante al tiempo del fallecimiento, es decir en 1988, era de 14.275.856 pesetas, según consta en el dictamen de don Angel, ratificado a presencia judicial, y el valor del bien donado al tiempo de la donación era de 150.000 pesetas según consta en la propia escritura de donación de fecha 8 de noviembre de 1974, la suma de

ambos valores asciende a 14.420.000 pesetas de las que 760.000 pesetas corresponden al tercio de libre disposición que evidentemente es superior al valor de la donación y ésta en modo alguno lesiona el importe de las legítimas por lo que si el artículo 36 del Código Civil establece que nadie podrá recibir por vía de donación más de lo que pueda recibir por testamento y don Lucas por testamento recibía el importe del tercio de mejora más el de libre disposición más la mitad del tercio de la legítima, es evidente que la donación no es inoficiosa», cuya argumentación considera correcto el valor del bien donado mediante lo indicado en la escritura de donación de 8 de noviembre de 1974.

Lo expresado en la instancia, donde se concede al bien que nos ocupa –consistente en la donación de la mitad indivisa de la finca número NÚMoo000 sita en Alcoy, incluidos los muebles, enseres y máquinas, el valor de 150.000 pesetas, que era el determinado en la escritura de donación, contradice las posiciones de las doctrinas científica y jurisprudencial, según lo argumentado en esta sentencia, sobre su valoración al tiempo de la evaluación de los bienes donados y da lugar a la estimación de los motivos.

El motivo quinto del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 1276 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial aplicable, pues la sentencia recurrida sostiene que la compraventa es válida por cuanto que figura un precio, sin embargo la parte recurrente no ha solicitado la nulidad de la transmisión, sino que, aunque en la escritura se señala un precio y éste se manifieste entregado con anterioridad a la madre por el hijo comprador, realmente no existió, y, por

consiguiente, la transmisión ha de reputarse válida, pero no en concepto de compraventa, sino de donación– se desestima porque la parte recurrente esgrime un planteamiento que ha sido desechado en la instancia, y olvida que constituye un hecho probado la realidad de la compraventa formalizada en escritura pública de 18 de febrero de 1984, entre doña Raquel, como vendedora, y don Lucas, como comprador, así como el precio recibido por la misma.

En verdad, la recurrente pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia, pero, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en una tercera instancia.

La estimación de los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso determina la casación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la recaída en primera instancia; y, asumidas por la Sala las funciones de la instancia, procede estimar en parte la demanda formulada por don Constantino, doña Soledad, doña Julieta y doña Araceli, en los términos que se detallan en la parte dispositiva de esta sentencia, con base en los argumentos contenidos en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de esta resolución y en que, con indicación al ajuar doméstico, la parte actora lo aprecia en 9.000.000 de pesetas, pero no concreta los bienes que lo integran, ni su valoración, por lo que corresponde rechazar la petición del escrito inicial sobre este extremo.

SUCESIONES

Reducción por inoficiosa de la donación de la nuda propiedad de acciones representativas del 37% del capital social, valorándose el incremento que aquéllas experimentaron desde la donación hasta el fallecimiento de la donante. Se considera improcedente el cómputo de la actividad del donatario al servicio de la sociedad y de lo pagado por él, más de un año después, para adquirir el usufructo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José Enrique y don Pedro interpusieron demanda de menor cuantía contra don Luis María solicitando se dictara sentencia por la que se declare que la donación percibida por el demandado,

tiene el carácter de inoficiosa, por lo que el valor de la misma, calculado a la fecha del fallecimiento, debe colacionarse con los restantes bienes de la herencia, y al verificarse la partición de la misma el demandado don Luis María computará en su parte los bienes donados, y el exceso de lo que le corresponda, deberá entregarlo a los coherederos demandantes don José Enrique y don Pedro, importando este exceso la cantidad de 52.737.561 pesetas a cada uno de ellos que hacen un total de 105.475.122 pesetas, condenándole a pagar esta cantidad incrementada en los frutos o beneficios obtenidos desde la fecha de esta demanda; igualmente, en esta misma Sentencia, deberá también condenarse al demandado a pagar a los demandantes, la cantidad de 4.669.641 pesetas, importe de sus deudas con la masa hereditaria; haciendo además expresa condena al demandado en la Sentencia, de cuantas costas y gastos se ocasionen en el presente Juicio.

- ⊙ El demandado compareció en autos y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte demandante.
- ⊙ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 37 de Madrid dictó Sentencia el 28 de septiembre de 1994 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación la Sec. 20.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia estimando el recurso y declarando que la donación de la nuda propiedad de 6.750 acciones de la entidad Patentes Fac, SA realizada por doña Verónica el día 14 de agosto de 1987 a favor de su hijo don Luis María es inoficiosa en cuanto a que su valor, al día de su fallecimiento (28 de agosto de 1992) excede del valor del tercio de libre disposición, por lo que deberá reducirse en 104.464.730 pesetas, condenándole también al pago de los intereses legales de la indicada suma desde la fecha de la interpelación judicial. Se mantiene el rechazo del otro de sus pedimentos y no se efectúa especial pronunciamiento sobre costas en ambas instancias a ninguna de las partes.
- ⊙ Don Luis María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El litigio causante de este recurso de casación fue promovido por dos hermanos contra otro, siendo los tres únicos herederos de su madre, fallecida el 28 de agosto de 1992 tras haber otorgado su último testamento válido el 13 de septiembre de 1989, para que se declarase inoficiosa la donación de 6.750 acciones hecha en vida por la causante al demandado, se colacionara su valor con los restantes bienes de la herencia y, al verificarse la partición, se computaran en la parte del demandado los bienes donados y el exceso correspondiente se entregara a los actores, que lo calculaban en 52.737.561 ptas. para cada uno, así como para que se condenase al demandado a pagar tales cantidades incrementada en los frutos o beneficios obtenidos desde la demanda y, además, la cantidad de 4.669.641 ptas. como importe de sus deudas con la masa hereditaria.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por la incertidumbre sobre el valor de las acciones donadas al tiempo de evaluarse los bienes hereditarios, dada la falta de informe pericial pese a haberse acordado para mejor proveer y la

disparidad de los informes aportados por las partes litigantes, de suerte que, atendiendo entonces a la valoración de aquéllas fijada en el momento de la donación sin condiciones y deducida la contraprestación por el usufructo abonada por el demandado, no se superaba la cantidad correspondiente al tercio de libre disposición.

Interpuesto recurso de apelación por los dos hermanos demandantes, el tribunal de segunda instancia acordó para mejor proveer una prueba pericial por auditor de cuentas para determinar el valor de la nuda propiedad de las acciones a la fecha del fallecimiento de la causante y, una vez practicada y puesto de manifiesto su resultado a las partes para alegaciones, dictó sentencia estimando parcialmente el recurso y declarando que la donación de la nuda propiedad de las 6.750 acciones era inoficiosa en cuanto su valor al día del fallecimiento de la causante excedía del valor del tercio de libre disposición, por lo que había de reducirse en 104.464.730 ptas., condenando también al demandado a pagar los intereses legales de tal suma desde la fecha de

la interpelación judicial y rechazando la demanda en cuanto al crédito de la herencia yacente contra el demandado por haberse hecho ya su imputación contable.

Antes de examinar los motivos del recurso deben reseñarse los hechos que la sentencia impugnada declara probados y los fundamentos jurídicos de su decisión en cuanto a lo que ya constituye objeto litigioso único, es decir, la reducción de la donación por inoficiosa.

Según el tribunal sentenciador lo discutido era el valor a la fecha del fallecimiento de la causante, 28 de agosto de 1992, de la nuda propiedad de 6.750 acciones donada al demandado el 14 de agosto de 1987. Ese valor, es decir el de la nuda propiedad, quedó acreditado, mediante la prueba pericial practicada en segunda instancia para mejor proveer, en 366.463.365 ptas., sustancialmente coincidente con el atribuido en un informe técnico aportado con la demanda, y era un valor real, no teórico, que por tanto no podía prescindir del fondo de comercio aun siendo éste una partida extracontable.

En cuanto a la posible aplicación del párrafo segundo del artículo 1045 CC a favor del demandado por haber sido, «al parecer», presidente del Consejo de Administración de la sociedad anónima cuyo 37% del capital social estaba representado por las acciones donadas, el tribunal sentenciador declara y razona que las plusvalías o minusvalías del bien donado por situaciones coyunturales sin alterarse su estado físico, como modificaciones en la calificación urbanística, realización de infraestructuras, evolución del mercado o caídas o subidas bursátiles, corren a cargo y beneficio de la masa partible; que la alteración en el estado físico de los bienes donados sólo tiene virtualidad por circunstancias posteriores a la donación, como las mejoras introducidas en un inmueble por el donatario, pero quedando fuera los incrementos económicos no debidos a su actuación; que «en el caso que nos ocupa no se vislumbra que la intervención del donatario haya producido una alteración del valor de lo donado que haya de tomarse en consideración a estos efectos»; que «lo único que consta es la evolución de un negocio a través del desarrollo normal de la actividad que le es propia», valiéndose de los directivos y empleados que tiene por conveniente y que perciben la contraprestación pertinente; que por tanto la evolución del mercado y los incrementos de valor de las acciones donadas no eran a beneficio del donatario «por no estar probado que sean consecuencia de la propia actividad decisiva, exclusiva y determinante del mismo (STS 17 de diciembre de 1992)»; que la hipotética intervención del demandado como presidente del Consejo de Administración de la sociedad se correspondería en cualquier caso con las obligaciones impuestas

por el artículo 127 LSA, «no constando en absoluto que haya existido una actuación especial y determinante que hubiera supuesto la reflatación de una empresa en crisis, o un relanzamiento extraordinario de la misma basados en dicha actuación del demandado, de modo que permitiese entender que se produjera, a su costa, un enriquecimiento injusto de los herederos legitimarios no favorecidos por la donación»; que la consolidación por el donatario de la plena propiedad de las acciones el 27 de diciembre de 1988, mediante una contraprestación a favor de su madre de cuarenta millones de pesetas más la constitución de una renta vitalicia de cinco millones de pesetas anuales no autorizaba las deducciones pretendidas por el demandado como cantidades entregadas a cuenta de la donación, porque dicha contraprestación no afectaba a la previa donación de la nuda propiedad «sino que constituye el precio de ese derecho de usufructo, sin perjuicio de que, por su virtud, se haya consolidado el pleno dominio de las acciones, cuestión absolutamente al margen de lo que se debate en este pleito»; y en fin, que la suma de 104.464.730 ptas. en que resultaba inoficiosa la donación y que el demandado había de traer al haber partible «devengará el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda, tal y como se solicita en el suplico de la misma, ya que no cabe olvidar que la declaración de inoficiosa no lleva consigo ningún desplazamiento de bienes, sino que permite al donatario aportar solamente el valor de lo donado».

Expuesta así la razón causal del fallo impugnado y entrando a conocer ya de los motivos del recurso, el primero, fundado en infracción del párrafo segundo del artículo 1045 en concordancia con los artículos 1359, 1360, 454 y 1573 CC, pretende, mediante una interpretación sistemática del citado artículo 1045 en conexión con los restantes preceptos citados, la aplicación en favor del recurrente de un principio que se habría plasmado en el Código Civil a partir de su reforma por la Ley 11/1981 y que consistiría en que las mejoras e incrementos patrimoniales repercuten en provecho de quien los produce, sea mediante una ordenada administración de los bienes, sea mediante su mejora como consecuencia de la realización y ejecución de actos de inversión. Según el recurrente, la sentencia impugnada se habría «desentendido» de ese principio «bajo la presunción de la ausencia de una actividad decisiva y determinante» por su parte en el incremento del valor de las acciones. Para él, «es inequívoco» que su gestión y administración de la sociedad entre la fecha de la donación y la del fallecimiento de la causante, «en su indiscutida condición de presidente del Consejo de Administración de esa sociedad y máximo ejecutivo de la misma, habrá de haber influido decisivamente en el incremento de valor de los bienes objeto de la donación»; y tampoco podría

olvidarse la atención prioritaria a la capitalización social sobre la retribución de los accionistas por vía de liquidación de dividendos, siendo el recurrente presidente del Consejo de Administración, máximo ejecutivo y accionista mayoritario, con libertad por tanto para haber incorporado a su patrimonio cuantos beneficios se hubieran derivado de la titularidad de las acciones sin, en tal caso y por aplicación del artículo 1049 CC, quedar sujeto a ninguna aportación ulterior a la masa de la herencia. En atención a todo ello, se propone en el motivo una «ordenada delimitación de la inoficiosidad de la donación» ponderando el incremento «a través del cotejo de las cuentas anuales auditadas» y una «prudente estimación del valor añadido generado por la gestión y actividad de mi representado», incluso en trámite de ejecución de sentencia.

Así planteado, el motivo no puede prosperar por las siguientes razones: primera, porque mediante el mismo se presenta como presunción del tribunal sentenciador lo que en realidad es una declaración de falta de prueba de un determinado hecho (la influencia determinante y decisiva de la actividad del hoy recurrente en el incremento del valor de las acciones), y en cambio se pretende de esta Sala una presunción de ese mismo hecho que favorezca al recurrente, objetivo del todo improcedente en casación y más aún mediante las normas citadas en el motivo (SSTS 25 de mayo de 1996 y 17 de abril de 1999 entre otras muchas); segunda, porque el tribunal sentenciador se ha ajustado tanto a la interpretación del párrafo segundo del artículo 1045 CC por la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1992 (recurso núm. 1269/91), expresa y atinadamente citada en la sentencia recurrida, cuanto a la autorizada opinión doctrinal que, en el caso de donación de acciones, limita la aplicación de ese mismo párrafo en beneficio del donatario a los casos de refluotación de una empresa en crisis por su celo y actividad; y tercera, porque siendo hecho probado que el incremento del valor de las acciones se correspondió con la normal evolución del mercado, el mérito que al donatario recurrente hubiera podido corresponder en tal incremento nunca podría dejar de lado el que, precisamente merced a la donación, su medio de vida fuera una sociedad que ya en el momento de la donación distaba mucho de estar en crisis.

El segundo motivo del recurso se funda en infracción del artículo 1035 en relación con el artículo 622, ambos del CC, por entender el recurrente que la donación fue onerosa, que dicho artículo 1035 limita la colación a lo recibido por título lucrativo y, por tanto, que la contraprestación del hoy recurrente al consolidar el pleno dominio de las acciones el 27 de diciembre de 1988, mediante la compra del usufructo a su madre, habría de detrarse del valor de lo donado.

Semejante planteamiento es de todo punto invariable, y por ello el motivo ha de ser desestimado, porque el valor computado en la sentencia recurrida es, con toda claridad, única y exclusivamente el de la nuda propiedad de las acciones, es decir el valor en el tiempo que marca la ley de lo que se había donado el 14 de agosto de 1987, de suerte que razona con absoluta corrección el tribunal sentenciador cuando considera que la posterior compraventa del usufructo por el donatario en nada atañe a la donación en sí y es «cuestión absolutamente al margen de lo que se debate en este pleito».

No mejor suerte ha de correr el motivo tercero, fundado en infracción de la jurisprudencia que prohíbe el enriquecimiento injusto y orientado igualmente a que se computen las prestaciones hechas en su día por el recurrente para consolidar el pleno dominio de las acciones, esta vez desde la perspectiva del incremento de la masa de la herencia derivada de tales prestaciones, con lo cual desconoce que sus prestaciones tuvieron como contrapartida el usufructo de las acciones y por tanto la percepción del 37% de los beneficios de la sociedad, esto es, en perjuicio de la herencia si se siguiera su propia argumentación.

El cuarto motivo del recurso, fundado en infracción del artículo 1049 CC por haber aplicado la sentencia impugnada el interés legal a la cantidad reintegrable a la masa de la herencia en lugar de los frutos de los bienes donados, que serían los dividendos activos percibidos por el donatario, tampoco merece ser acogido, porque al margen del beneficio que ya supuso para el demandado la fecha marcada en la demanda para el devengo de intereses, escrupulosamente respetada por la sentencia recurrida para cumplir el deber de congruencia, la línea argumental de este motivo desconoce, de un lado, que lo colacionable, según el párrafo primero del artículo 1045 CC, no son las mismas cosas donadas sino su valor (SSTS 17 de marzo de 1989 y 4 de diciembre de 2003); y de otro, que la nuda propiedad, por definición, no produce frutos, de suerte que es plenamente ajustada a derecho la condena al pago del interés legal de la cantidad en que se valoran los bienes donados.

Finalmente, la misma suerte corresponde al quinto y último motivo del recurso, fundado en infracción del artículo 5 del RD de 20 de diciembre de 1990 por el que se aprueba el Plan General Contable y del artículo 7 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994: en primer lugar, porque no se cita ninguna norma de Derecho Privado idónea para, en relación con las puramente administrativas citadas en el motivo, sustentar un recurso de casación civil (SSTS 6 de abril de 1992, 22 de febrero de 1993, 2 de diciembre de

1994, 31 de enero de 1997, 26 de septiembre de 1997, 21 de noviembre de 1997, 22 de junio de 2000 y 26 de septiembre de 2000 por citar solamente algunas); en segundo lugar, porque mediante la invocación de preceptos estrictamente contables, fundados en principio rígidos explicables por su finalidad, como la contabilización de los bienes por su precio de adquisición o coste de producción, se intenta salvar

el valor computable según el artículo 1045 CC, que debe entenderse como valor real de los bienes en el momento que marca la propia norma (STS 20 de junio de 2005); y en tercer lugar, porque el motivo encubre una impugnación tanto del resultado de la prueba pericial practicada como diligencia para mejor proveer cuanto de su valoración crítica por el tribunal sentenciador.

SUCESIONES

La conformidad del testador a lo leído por el Notario en un testamento abierto no es una fórmula ritual, dicha conformidad es una expresión de su voluntad que puede manifestarse por diversos medios según las circunstancias. En el caso de autos, por la manifestación de quedar enterado de lo leído por el Notario, firmando a continuación (por medio de un testigo, ante su manifestación de no saber hacerlo).

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Virginia, doña Patricia, doña Lourdes y don Ismael interpusieron demanda de menor cuantía contra don Carlos Manuel solicitando que se dictase sentencia por la que: 1.º Se declarase la nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por doña María Ángeles, el día 18 de febrero de 1997 ante el Notario de Las Palmas don Alfonso Zapata Zapata, bajo el número 488 de su protocolo. 2.º Se declarase la nulidad de pleno derecho de las aceptaciones y adjudicaciones de bienes realizadas, en virtud del testamento cuya nulidad se pretendía, a favor del heredero instituido. 3.º Como consecuencia de la nulidad del testamento abierto otorgado por la causante, y no existiendo ninguna otra disposición testamentaria otorgada por la misma, se declarase abierta la sucesión intestada en los bienes de la causante, doña María Ángeles. 4.º Se condenase a don Carlos Manuel a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la masa hereditaria los bienes que, habiendo pertenecido a la causante, haya podido percibir en virtud del testamento cuya nulidad se pretende. 5.º Se imponga las costas al demandado.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «desestimando la demanda interpuesta, e imponiendo a los actores las costas del procedimiento, con cuanto más proceda».
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 12 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 15 de octubre de 1998 desestimando la demanda.
- ⊙ Don Carlos Manuel interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que casó la sentencia y confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La pretensión de nulidad del testamento la apoyaban los actores en los graves trastornos mentales de doña María Ángeles, fallecida el 6 de junio de 1997 [la demanda es de fecha 31 de julio siguiente]; en que en el testamento se había omitido por el Notario la expresión de conformidad de la testadora; y en que al mismo le falta la firma de la misma, pues no era cierta la declaración de la propia doña María Ángeles de que no sabía firmar, haciéndolo por ella el primer testigo.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, absolviendo de sus pretensiones a los demandados: Estimó no probada la falta de capacidad de la testadora, y en cuanto a los defectos formales del testamento, que efectivamente la misma no sabía firmar, y que si bien falta la expresión su conformidad con lo leído por el Notario «la ausencia de dicha formalidad no puede conllevar a la nulidad de la disposición testamentaria, pues el hecho de manifestar que quedaban enterados de su contenido y estampar la testadora su huella digital, se entiende que manifestaba su conformidad con dicho documento y que era su última voluntad».

Los actores apelaron la anterior sentencia, siendo su recurso estimado parcialmente por la Audiencia, revocando aquélla en el particular referido a la nulidad del testamento. La Audiencia la declaró porque en ningún lugar del mismo dio fe el Notario de que la testadora hiciera la manifestación que exige el artículo 695 Código Civil.

En el primer motivo del recurso se acusa aplicación indebida del artículo 695 del Código Civil. Se basa en que resulta en extremo formalista declarar la nulidad del testamento que se otorgó por inobservancia de un requisito que no se establece formalmente de modo preceptivo en la ley, y que puede variar en cuanto a la forma de cumplimentarlo.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo, quien argumenta que la sentencia recurrida se asienta en la consideración de que la expresión de conformidad con el testamento leído en voz alta por el Notario otorgante es un requisito de forma establecido en el citado artículo 695. No le da esta Sala la consideración de fórmula expresa y solemne, sino que entiende que lo exigido

legalmente es una manifestación de voluntad del testador, que puede revestir diversas modalidades según las circunstancias, siempre que de ellas se deduzca inequívocamente aquella conformidad. En el caso de autos la testadora manifestó quedar enterada del testamento y lo firmaba, después de la lectura del Notario ante ella y los testigos. No hay duda alguna de su conformidad. El artículo 695 no determina la expresión de la misma como una formalidad testamentaria especial y autónoma, sino que sólo indica la finalidad que tiene la lectura por el Notario.

La sentencia recurrida cita en apoyo de su decisión tres sentencias de esta Sala, que vamos a comentar a continuación.

La Sentencia de 14 de julio de 1899 no es significativa por su generalidad, pues son tantísimos los vicios formales denunciados en la demanda que la declaración de nulidad del testamento pudo obedecer a un incumplimiento total de las formalidades legales.

La Sentencia de 18 de noviembre de 1911 no da validez a la simple firma del testamento sin haber antes mostrado la conformidad del testador. Pero en el presente caso litigioso, la testadora manifestó quedar enterada de su contenido y después lo firmó, con lo que hay una variación importante.

La Sentencia de 8 de abril de 1965 tampoco es significativa, pues lo que se disintía en aquel pleito es si la voluntad de la testadora se entendió por expresarla en sonidos que se calificaron de inarticulados e ininteligibles, cosa que en este pleito no se da.

Coadyuva a la estimación del motivo que en el caso de autos el testamento era muy simple, sin complicación alguna. En él, doña María Ángeles se limita a nombrar heredero universal a su sobrino el demandado, con sustitución en favor de sus descendientes, y a revocar cualquier disposición testamentaria anterior. El negar que la expresión de su conformidad se haga a través de su manifestación de quedar enterada con la firma a seguido supone un formalismo carente de sentido.

SUCESIONES

Apreciación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la acción de petición de herencia ejercitada únicamente frente a uno de los coherederos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 2006

Ponente: Exc. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Begoña interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Dolores y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en la que se declare que la demandante como hija natural reconocida de don Alfonso, es heredera directa de éste, en la porción que legalmente le corresponda, con expresa imposición de las costas a la parte demandada.
- ⊙ Doña Dolores contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se desestime dicha demanda con expresa condena en costas a la actora.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Sevilla dictó Sentencia con fecha 3 de junio de 1998 estimando la demanda y declarando que la actora, como hija natural reconocida, es heredera directa, en la proporción que le corresponda legalmente de su padre don Alfonso, gozando de los mismos derechos que el resto de sus hijos, a la herencia de sus bienes.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 11 de mayo de 1999 estimando el recurso interpuesto por la demandada y desestimando la demanda.
- ⊙ Doña Begoña interpuso recurso de casación apreciando de oficio por el Tribunal Supremo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los hechos *quaestio facti* de los que es preciso partir y respecto a los que no hay duda emanan del nacimiento de la demandante en la instancia y recurrente en casación doña Begoña en fecha 26 de marzo de 1932, hija de don Alfonso y de doña María Consuelo, los cuales la reconocieran como hija natural conforme a la terminología y normativa del Código Civil en su redacción originaria, anterior a las grandes reformas de 1981, cuya filiación natural se inscribió y sigue inscrita en el Registro civil; el padre, a su vez, en aquel tiempo estaba casado con otra persona, doña Beatriz con la que tuvo tres hijos, legítimos según la antigua terminología, doña Dolores (demandada en la instancia y parte recurrida en casación), don Bruno y don Carlos Jesús. El mismo falleció sin haber otorgado testamento el 25

de noviembre de 1947 y en fecha 18 de diciembre de 1974 se dictó Auto declarando herederos a sus tres mencionados hijos y omitiendo a la también hija, demandante y recurrente, doña Begoña.

La demanda que ésta ha interpuesto no contiene una acción de filiación, sino una acción de petición de herencia como hija natural reconocida de su padre el causante, como heredera del mismo. Demanda que ha sido desestimada por la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 5.ª, de Sevilla, de 11 de mayo de 1999 que ha revocado la de primera instancia que sí la había estimado.

Las preguntas de contenido estrictamente jurídico *quaestio iuris* que se plantean son esencialmente dos: la primera, calificación de la filiación de la demandante y recurrente; la segunda, su califica-

ción de heredera. Respecto a la primera cuestión, el problema es que, según la redacción del Código Civil de aquella época (1932) no era hija natural, sino ilegítima en sentido estricto al no poder contraer matrimonio su padre con su madre al estar casado aquél con otra mujer (artículo 119, segundo párrafo, en su redacción originaria); sin embargo, la Constitución de 1931 proclamó el principio de igualdad en la filiación (el artículo 43 decía en su párrafo quinto: «no podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna») y se inscribió en el Registro civil, sin problema, el reconocimiento como hija natural, inscripción que nunca ha sido impugnada; principio de igualdad reiterado en la Constitución de 1978 y recogido y aplicado en situaciones semejantes en las sentencias de esta Sala de 17 de marzo de 1995, 28 de julio de 1995 y 19 mayo de 1997. Respecto a la segunda cuestión, la cualidad de heredera no le correspondería como hija ilegítima no natural (artículo 139 del antiguo Código Civil), sí le correspondería como hija natural (artículo 942 en su remisión al 840, ambos en su redacción antigua) y lo sería en pie de igualdad según el Código vigente (artículos 108 y 931) en la redacción dada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya disposición transitoria octava dispone que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después, por la nueva legislación.

Es clara, según lo dicho, la acción ejercitada, *actio hereditatis petitio* como acción que tiene el heredero (o coheredero) para obtener, a través del reconocimiento de su título hereditario, los bienes que componen el patrimonio hereditario que le corresponde (Sentencias de 20 de junio de 1992, 27 de noviembre de 1992, 12 de julio de 2002). En el suplico de la demanda se pide que se declare que la actora, como hija natural, «es heredera directa en la porción que legalmente le corresponda, de don Alfonso», el causante, su padre y el de la demandada. La demanda se ha dirigido contra su hermana doña Begoña, cuya legitimación pasiva se hace constar en los fundamentos de derecho «como hija legítima del mismo y persona que instó el procedimiento de declaración judicial de herederos *ab intestato* en el que excluyó a mi mandante». Hay que recordar que los herederos *ab intestato* son los tres hijos legítimos (según terminología antigua), sin perjuicio de que alguno haya fallecido ya que en su caso tiene sus propios herederos y la herencia fue adida en 1974.

Se plantea una cuestión que incomprensiblemente no ha sido aludida en la contestación ni en la comparecencia previa del juicio de menor cuantía, ni en el recurso de apelación y se menciona

por primera vez en el escrito de impugnación del recurso de casación, cual es la falta de litisconsorcio pasivo necesario, que es un presupuesto procesal que debe, en su caso, aplicarse de oficio, como tal presupuesto y como respeto a la normativa constitucional, porque no se puede condenar a quien no ha sido oído.

Y así ocurriría caso de estimarse la demanda. Se interesa que se declare heredera a la demandante en la porción que le corresponda: cuya declaración, al alcanzar a la porción del patrimonio hereditario, afecta de modo directo a los herederos, no sólo a la que instó la declaración de herederos *ab intestato* (la demandada) sino a los tres hijos declarados herederos. Al no demandarse a dos de ellos podría darse la situación inaceptable jurídicamente tanto desde el punto de vista del Derecho procesal como desde el punto de vista constitucional, que esta sentencia determinase la disminución de la porción de dos coherederos que no han sido demandados y si alguno de ellos ha fallecido, sus propios herederos.

Tal como dice la Sentencia de 4 de noviembre de 2002, reiterada por la de 24 de marzo de 2003, «la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no sólo por diferentes sino además por incompatibles».

A su vez, las Sentencias de 2 de abril de 2003 y 18 de junio de 2003 insisten en la misma idea: «la figura jurídica del litisconsorcio pasivo necesario, de creación puramente jurisprudencial, tiene su justificación última en una indebida constitución de la relación procesal, con base en la situación jurídico-material que se ventila en la litis, es decir, se pretende la presencia de todos los interesados en esta situación, únicos que pueden ser considerados como litisconsortes necesarios».

Tales declaraciones jurisprudenciales no hacen sino confirmar una larga tradición doctrinal y jurisprudencial, que recoge la idea básica que nadie puede ser condenado sin ser oído ni, en el mismo sentido, nadie puede verse alcanzado en sus derechos por una sentencia en cuyo proceso no ha intervenido no ha sido oído ni, asimismo, nadie puede verse alcanzado en sus derechos por

una sentencia en cuyo proceso no ha intervenido ni ha sido oído.

En consecuencia, al estimarse la falta de litis-consorcio pasivo necesario, debe decretarse la nulidad de todas las actuaciones practicadas desde

la comparecencia previa del proceso de menor cuantía, en cuyo momento procesal se integrará la relación jurídico-procesal en el sentido expuesto, para continuar correctamente el proceso.

SUCESIONES

La donación a legitimario no puede ser reducida en lo que exceda de lo disponible por herencia por el donante; ha de hacerse la operación de imputación ordenada en el artículo 819 CC, imputando al tercio de libre disposición el exceso de dicha donación sobre lo que corresponde percibir por su legítima al donatario. Mejora expresa.– El donante no está obligado a utilizar la palabra «mejora» para cumplir con lo ordenado en el artículo 825 CC, pero su voluntad ha de ser inequívoca en que quiso designar a los legitimarios con cargo al tercio de mejora.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Gabriel otorgó testamento notarial abierto el 25 de mayo de 1971, en el que legaba a su esposa el tercio de libre disposición, y en pago del mismo le adjudicaba el usufructo vitalicio de su herencia con relevación de fianza. Si la manda fuere declarada inoficiosa, legaba a su esposa el tercio de libre disposición, en pleno dominio, sin perjuicio de la cuota viudal. Instituyó a sus hijas Marta y Amparo por herederas en partes iguales, sustituyéndolas en caso de premoriencia sus descendientes legítimos.
- ⦿ Doña Amelia otorgó el mismo día testamento notarial abierto en favor de aquél, con el mismo contenido.
- ⦿ En escritura pública de cesión de bienes otorgada por doña Amelia el 3 de enero de 1986 donó a su hija Marta cuantos derechos pudieran corresponder en la sociedad legal disuelta por el fallecimiento de su esposo don Gabriel, y también le cedía cuanto pudiera corresponderle en la herencia del mismo. El precio de la cesión fue de 75.000 pesetas, que la donante confesó haber recibido con anterioridad.
- ⦿ Fallecido don Gabriel no se realizó la partición de su herencia. Es al fallecimiento posterior de su viuda cuando se han planteado los problemas que se abordan en este litigio. La misma no ha dejado más bienes que los que le correspondían en la sociedad de gananciales constituida con su esposo premuerto, pues no se ha demostrado que alguna hija no se conformó con el usufructo vitalicio dispuesto en favor de su madre.
- ⦿ Doña Marta interpuso demanda de menor cuantía contra su hermana doña Amparo, sobre partición de herencia, solicitando que se dictase sentencia «por la que se declarase el valor efectivo de los bienes gananciales de los esposos, padres de ambas partes; la validez de la cesión de bienes de la

esposa; la participación de cada una de las herederas de don Gabriel, por iguales partes, en cuanto a su mitad de gananciales y el derecho de propiedad de la actora en cuanto a la otra mitad de los bienes gananciales, condenando a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones y al resultado de la distribución de todos los bienes, que se llevará a cabo en ejecución de sentencia de acuerdo con las bases que se establecen en el hecho séptimo de esta demanda, con expresa condena en costas a la contraparte».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «por la que desestimando los pedimentos realizados por la actora, declare no haber lugar a realizar la partición de la herencia en la forma indicada por la misma, ni a declarar el pretendido derecho de la actora sobre los bienes gananciales de doña Amelia». Formulando a su vez reconvencción, en la que suplicaba del Juzgado que se dictase sentencia por la que «Primero: Se declare que la cesión onerosa realizada por doña Amelia a Doña Marta y esposo, formalizada ante el Notario de Murcia don José Julio Barrenechea Maraver, el día 3 de enero de 1986, es nula y por lo tanto inexistente, sin que pueda producir efecto alguno. Se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración. Segundo: Con carácter subsidiario de las peticiones anteriores, y para el caso de que sean desestimadas, se declare que tal cesión onerosa es una donación encubierta, y en consecuencia declare la reducción de la donación por ser la misma inoficiosa, reduciendo la misma únicamente al tercio de libre disposición, quedando los restantes dos tercios para formar el caudal relicto. Condenase a los demandados a estar y pasar por esta declaración. Tercero: En cualquiera de las dos pretensiones anteriores, se condene expresamente a los demandados al abono de las costas que se originen en este procedimiento».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Murcia dictó Sentencia el 11 de noviembre de 1996 estimando en parte la demanda y declarando la validez de la cesión de bienes efectuada por doña Amelia en escritura pública de fecha 3 de enero de 1986 a favor de la actora, declaró que la participación de ésta en los bienes gananciales de sus difuntos padres doña Amelia y don Gabriel se corresponden con la mitad de los que corresponden al padre y las dos terceras partes en los gananciales de su madre, correspondiendo a la demandada una participación en la mitad en los gananciales del padre y una tercera parte en los de la madre con arreglo al valor de los bienes que se determine en ejecución de sentencia para lo que habrá de estar al que fijen de común acuerdo las partes y en su defecto al que se determine pericialmente sin hacer pronunciamiento de condena en costas».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Murcia dictó Sentencia el 10 de abril de 1999 estimando el recurso interpuesto por doña Marta revocando parcialmente la sentencia del juzgado y declarando que a la demandada le corresponde sólo 1/6 de los bienes de su madre, sin declaración de costas.

⊙ Doña Amparo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo acordando estimar parcialmente la demanda reconvenccional interpuesta por doña Amparo en el sentido siguiente: 1.º Que la donación efectuada a la actora es inoficiosa en lo que excede de su legítima, siendo ésta, para las dos hermanas por igual, los dos tercios de la herencia. 2.º Que por ello, antes de su reducción, debe imputarse el exceso sobre la legítima a la parte de libre disposición de la herencia. 3.º Se confirma la sentencia recurrida en lo no incompatible con las declaraciones anteriores. 4.º No se condena en las costas de primera instancia y apelación por la demanda reconvenccional a ninguna de las partes, ni en las de este recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Marta demandó por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a su hermana Doña Amparo, solicitando que se declarase el valor efectivo de los bienes, que componen la herencia de sus padres; la validez de la cesión de bienes (hecha por la madre de ambas partes a la actora), la participación de cada una de las hermanas y herederas en la herencia de su padre por iguales partes en cuanto a su mitad de gananciales, y el derecho de la actora a la otra mitad de bienes gananciales.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando parcialmente la demanda, declaró la validez de la donación de doña Amelia a su hija Doña Marta, disimulada en forma de venta; y que la participación de ésta en los bienes de sus difuntos padres es la de la mitad de los gananciales que corresponden al padre y las dos terceras partes de los de la madre; y que la demandada doña Amparo tiene una participación de la mitad en los gananciales del padre y una tercera parte en los de la madre con arreglo al valor que los bienes posean, a determinar en ejecución de sentencia por mutuo acuerdo y en su defecto pericialmente.

La sentencia fue apelada por la actora y reconvenida, siendo revocada parcialmente, declarando la Audiencia que a la demandada le corresponde solamente 1/6 de los bienes de su madre.

En el único motivo del recurso se alega infracción de los artículos 636, 654, 806, 819, 820.1.º y 825, todos del Código Civil, y jurisprudencia interpretativa. Su fundamentación reside en combatir el modo de reducción de la donación de doña Amelia a su hija, partiendo de que no constituye una mejora por faltarle el carácter de expresa como ordena el artículo 825 del Código Civil, ni porque, en ese sentido, haya nada en la escritura de donación que traduzca la voluntad inequívoca de mejorar, citando en su apoyo la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1982. En consecuencia, concluye el motivo, estamos ante una donación colacionable que supera la legítima estricta del donatario, por lo cual y conforme al artículo 825 el exceso deberá imputarse al tercio de libre disposición de la donante.

Para la debida resolución de este motivo hay que distinguir varios problemas en él involucrados; (a) el de la calificación como mejora de la donación hecha a doña Marta; (b) el de la imputación de la donación; y (c) el de su reducción en su caso.

Por lo que respecta al primer punto, la sentencia recurrida admite con la de primera instancia que la donante quiso mejorar a su hija. Estamos ante un problema de interpretación del negocio

inter vivos de donación, y es reiteradísima la doctrina de esta Sala de que la interpretación de los contratos hecha en la instancia ha de prevalecer en casación mientras no se demuestre que es absurda, ilógica o vulneradora de algún precepto legal. La recurrente cita como infringido el artículo 825 del Código Civil, lo que esta Sala admite, pues en la escritura de donación no hay rastro alguno de que doña Amelia quisiera desigualar a sus hijas, favoreciendo a la donataria con una mejora.

Por ello, considerar que la donante mejoró a su hija por el hecho exclusivo de la donación no es admisible de acuerdo con el citado precepto, que exige no sólo voluntad de donar en el donante sino algo más, y es la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora. En este caso falta por completo cualquier manifestación de esa última voluntad.

En consecuencia, la donante no pudo disponer por vía de donación más de lo que podía disponer por testamento, que era un tercio de sus bienes (artículo 654 CC). Sus hijas tienen derecho a la legítima larga, o dos tercios de la herencia (artículo 808 CC).

Antes de proceder a la reducción de la donación, por imperativo del artículo 820 del Código Civil ha de procederse a la imputación a los tercios en que idealmente se divide la herencia. Dice el mismo: «Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas...». El artículo 819, precepto inmediatamente anterior al 820, preceptúa que las donaciones hechas a legitimarios, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima, y las hechas en favor de extraños, a la parte libre de la que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. Termina el 819 con la siguiente regla: «En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes». Esta regla ha de aplicarse tanto a la donación en favor de legitimarios como de extraños, por lo que si la efectuada a los primeros excede de su cuota legitimaria, en el exceso deben ser tratados como extraños, en otras palabras, que el mismo ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre ésta el que será objeto de reducción.

Por todo ello el motivo se estima. La estimación del único motivo del recurso lleva consigo la casación y anulación parcial de la sentencia recurrida, y a resolver la cuestión litigiosa con arreglo a cómo ha sido planteada (artículo 1715 LEC), con absoluto

respeto al principio de congruencia. Doña Amparo, solicitaba en su demanda reconvenzional que la donación se redujese al tercio de libre disposición de los bienes de la donante, su madre, a lo que debe

accederse por las razones indicadas anteriormente, pero no ha lugar a la reducción por ello, sino a la imputación a la legítima de la donataria y el exceso al tercio de libre disposición.

CUESTIONES PENALES

Condena por un delito de apropiación indebida a la tutora que hace suyos los bienes de su sobrina menor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Julián Artemio Sánchez Melgar

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ En el Expediente de Jurisdicción Voluntaria núm. 64/1987 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Vigo, se dictó el día 20 de junio de ese año un auto firme, en el que se acuerda nombrar para la menor Montserrat, nacida el día 29 de junio de 1973, como tutora de su persona a su hermana Encarna, y de sus bienes, a su tía Victoria.
- ⊙ Con fecha del 31 de agosto de 1987 Victoria abre la cuenta núm. NÚM000 en la correspondiente sucursal de la entidad Caixanova, y aunque se hace figurar formalmente como titulares indistintos de la cuenta a ella misma y a su pupila, esa cuenta se abre con el único y exclusivo fin de servir a la administración del patrimonio de la menor, y para que figurase en ella los diversos ingresos y gastos, y en ningún caso para cargar cantidades que pudiese deber Victoria, la que, por otra parte, era la única que disponía de tarjeta para poder retirar cantidades de la mencionada cuenta.
- ⊙ En virtud de la sentencia firme dictada el día 2 de noviembre de 1987 en las diligencias preparatorias núm. 137/1986 seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vigo por el delito de imprudencia (según la legislación penal vigente a la sazón) con resultado de muerte, se concedieron tres millones de pesetas a favor de Montserrat en concepto de indemnización por el fallecimiento de su madre.
- ⊙ Entregada esa indemnización a Victoria por parte del Juzgado de Instrucción en fecha no concretada de los últimos meses del año 1988, esta última, en concierto con su esposo Luis María, aparentando que lo hacían para su sobrina, Montserrat, y así se lo manifestaron a esta última, así como a su hermana Encarna tutora de su persona, compraron para la sociedad de gananciales la vivienda D del piso NÚM001 del bloque NÚM002 del POLÍGONO000 de Vigo, por el precio real de 5.875.075 pesetas, de los que abonaron, en efectivo, 1.875.075 pesetas, procedentes de la suma de tres millones de pesetas pertenecientes a Montserrat, y los demás 4.000.000 de pesetas a través del préstamo que por esa cantidad les concedía la Caja de Ahorros Municipal de Vigo, propietaria y vendedora del bien, constituyéndose hipoteca sobre la vivienda en garantía de la suma prestada que se amortizaría en el plazo de quince años a través de cuotas mensuales fijas, comprensivas de capital e intereses, de 54.620 pesetas, plasmándose las respectivas operaciones de compra e hipoteca en la escritura pública del 1 de junio de 1989, otorgada ante el Notario de Vigo, Manuel Martínez Rebollido, e inscrita en el Registro de la Propiedad el 9 de septiembre de ese año.
- ⊙ Los cónyuges Victoria y Luis María, en ejecución de aquel plan, de comprar para ellos la dicha vivienda, aunque fingiendo que era para su sobrina, procedieron entonces a cargar en la cuenta

antes señalada de la que era titular y beneficiaria única la menor, aquellas mensualidades, que eran oportunamente satisfechas a costa de los fondos de Montserrat, dimanantes de sus ingresos, que procedían de dos fuentes: una de la pensión de orfandad que percibió desde el mes de junio de 1988 hasta el mismo mes de 1991, en el que consiguió la mayoría de edad, por importe total de 2.832.134 pesetas, y la otra por un seguro privado concertado por la madre fallecida por el que percibía mensualmente 5.250 pesetas, hasta la suma total de 792.750 pesetas.

⦿ En fecha tampoco determinada, pero no más allá del mes de febrero de 1990, Victoria y Luis María igualmente puestos de común acuerdo, deciden alquilar la vivienda comprada por el precio mínimo de 25.000 pesetas al mes a María José, y lejos de ingresar esas cantidades en la cuenta antes señalada, de su sobrina, las hacen suyas, por un importe total de 550.000 pesetas, correspondientes a las veintidós mensualidades de rentas transcurridas entre la fecha del alquiler y el día 24 de diciembre de 1991 en que a través de escritura pública de esa fecha, otorgada ante el notario de Vigo don Roberto Martínez Martínez, deciden vender, y venden, a esa inquilina la vivienda sin conocimiento de su sobrina, por aquellas fechas ya mayor de edad, por el precio real mínimo de 7.000.000 de pesetas aunque se escritura el de 5.875.075 pesetas, cantidad aquella primera de la que la compradora entrega a los acusados, en metálico 3.000.000 de pesetas que ellos no ingresan en la cuenta de su sobrina, sino que se apoderan de ella de manera definitiva, haciéndose cargo la compradora de la carga hipotecaria que aún gravaba la vivienda.

⦿ Por medio de escritura pública de 30 de diciembre de 1991 Victoria y Luis María persistiendo en su concorde plan de hacer suyo el patrimonio y los ingresos de su sobrina, y sin el consentimiento ni conocimiento de esta última, compran para su sociedad de gananciales el apartamento NÚM003, destinado a vivienda, del edificio conocido por DIRECCIÓN000 en Los Olmos, Parroquia de Alcabre, del Municipio de Vigo, por el precio real de 7.100.000 pesetas (escriturado notarialmente en 4.000.000 de pesetas), que se hizo efectivo con 4.500.000 pesetas de su sobrina y los 2.600.000 pesetas restantes, procedentes del préstamo hipotecario que el Banco Pastor les concedía.

⦿ De la suma prestada de 4.000.000 de pesetas, garantizado con la hipoteca constituida sobre la vivienda NÚM004, del piso NÚM001 del bloque NÚM002 del POLÍGONO000 de Vigo, y plasmada en la escritura notarial de 1 de junio de 1989, se pagaron a costa del saldo de la cuenta veintiocho mensualidades, que a razón de las 54.620 pesetas cada una, da la cifra total de 1.529.360 pesetas.

⦿ Los únicos gastos realizados para atender las necesidades de la menor, y que se cargaron en la cuenta fueron los procedentes de su estancia en el Colegio Rosalía de Castro de Vigo, entre el mes de noviembre de 1988 y el mes de febrero de 1991, por el importe total de 635.325 pesetas.

⦿ Victoria en su designio de adueñarse de lo ajeno y para su propio beneficio fue detrayendo de la cuenta los fondos de la sobrina a través de sucesivos reintegros, realizados el primero el día 5 de febrero de 1988 y el último el día 21 de noviembre de 2001, en que quedó la cuenta a cero, hasta el montante total de 1.460.199 pesetas, resultantes de deducir de los 3.624.884 pesetas (2.832.134 más 792.750 pesetas) 2.164.685 pesetas (1.529.360 pesetas, procedentes del pago del préstamo hipotecario más 635.325 pesetas de los gastos del colegio).

⦿ El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vigo incoó D.P. núm. 7321/00 por delito continuado de apropiación indebida contra Victoria y Luis María y una vez concluso lo remitió a la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que con fecha 16 de noviembre de 2004, dictó Sentencia condenando a Victoria y Luis María, como autores criminalmente responsables de un delito continuado de apropiación indebida, de especial gravedad, y con abuso de relaciones personales con respecto a la víctima, ya definido, sin la concurrencia de circunstancia genérica ninguna modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas, para la acusada, Victoria de cuatro años de prisión con la

acesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la condena, y multa de seis meses, con cuota diaria de seis euros y para el acusado Luis María de tres años y seis meses de prisión, con la acesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la condena y multa de seis meses, con la cuota diaria de seis euros; al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Igualmente condenó a los acusados a que procedan a la restitución a su sobrina perjudicada Montserrat del apartamento NÚM003 del edificio conocido por DIRECCIÓN000, de la Parroquia de Alcabre, Municipio de Vigo Los Olmos (finca núm. NÚM005) llevándose a cabo en el Registro de la Propiedad las rectificaciones oportunas, todo ello a costa de los inculpados. También se les condenó a que de modo conjunto y solidario indemnizen a Montserrat en 3.305, 57 euros (550.000 pesetas) y a la acusada Victoria en 8.775,97 euros (1.460.199 pesetas) más, haciéndose efectivas estas dos sumas sobre los 12.020,24 euros consignados.

⊙ Victoria y Luis María interpusieron recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo que modificó la pena interpuesta a Luis María al estimarse la disminución de los efectos del delito y su condición en relación con el mismo, a la pena de un año y seis meses de prisión, manteniendo el resto de los pronunciamientos.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo de contenido casacional se formaliza por la vía autorizada en el artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como error de hecho en la apreciación de la prueba, invocando como documentos tres grupos de elementos; por un lado, una serie de extractos bancarios emitidos por la entidad «Caixanova», obrantes a los folios 73 a 91; un certificado del Registro de la Propiedad de Vigo, relativo a la vivienda del POLÍGONO000 (folios 12 a 20); y todo un conjunto documental presentado el mismo día de la celebración del juicio oral, que en la hipótesis de los recurrentes probarían la compra de una finca para su sobrino Jon.

El motivo no puede prosperar; primeramente, los extractos bancarios no acreditan por sí mismos más que una serie de ingresos en una cuenta, pero no su origen, y menos que estén en contradicción con los hechos probados de la sentencia recurrida. Pero, sobre todo, la cuenta abierta en la entidad «Caixanova» el día 31 de agosto de 1987, lo fue con el exclusivo objeto de servir a la administración del patrimonio de la menor, Montserrat, de la cual, el Juzgado había nombrado a Victoria tutora de sus bienes (la acusada, tía de aquélla), y ni era lugar adecuado para ingresar bienes propios ni para cargar cantidades que pudiese deber la referida acusada. En suma, no podemos comprender cómo mantiene dicha recurrente que en tal cuenta realizó otros ingresos u otros pagos que no fueran los correspondientes a la administración de un patrimonio ajeno que le correspondía en función

de sus deberes de administración tutelar, para el cual había sido nombrada judicialmente, pretendiendo una confusión de patrimonios que lo único que persigue es enturbiar lo que debe ser claro y diáfano, y si no lo fuera, responderá penalmente por todas las distracciones que realice. Más lógico será suponer que si ha ingresado cantidades lo son en función de una donación a los altos intereses de la administración de bienes ajenos, encomendada judicialmente, para beneficiar a su sobrina y no para perjudicarla.

Lo propio hemos de señalar respecto a la aludida certificación del Registro de la Propiedad, en donde se dice que el esposo de la tutora, Luis María, no compareció notarialmente al acto de la compraventa, cuando se reconoce en el desarrollo del motivo que sí lo hizo posteriormente para prestar consentimiento a la hipoteca, así como para la venta de la vivienda, que se lleva a cabo el día 24 de diciembre de 1991. Por consiguiente, la queja casacional carece de toda trascendencia.

Y finalmente, toda la documentación relativa a su otro sobrino, Jon, ya ha sido analizada por el Tribunal *a quo*, que mantiene con toda lógica que la simple prueba documental de la retirada de unos fondos, no significa la prueba que toda esa «operación novedosa» (no explicada sino al comienzo del juicio oral, de forma sorprendente), y que tendría que estar reforzada, si se trata de una compraventa de una finca para su sobrino, al menos con la declaración del vendedor y de su aludido sobrino, como

destinatario y comprador, así como las vicisitudes posteriores de tal compraventa. Lo cierto es, como bien dice la Sala sentenciadora de instancia, que retirados por la acusada tutora tres millones de pesetas de la cuenta de la menor (y que procedían de la indemnización por el fallecimiento de su madre), éstos nunca fueron restituidos al patrimonio de su pupila. Y ello a pesar que los acusados dijeron en la fase sumarial que tales tres millones de pesetas se emplearon en la compra de una vivienda para Montserrat, aunque se pusieran formalmente a nombre de la tutora, la que finalmente se quedó con tal suma (y otras más). Ahora, manifiestan que con esos tres millones compraron una finca para su sobrino Jon, alegación que resulta increíble para el Tribunal *a quo*.

El segundo motivo lo es por infracción de ley del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que denuncia la infracción de los artículos 252, en relación con el artículo 250, números 6.º y 7.º, del Código Penal de 1995, o los correspondientes preceptos del Código derogado, que debe ser desestimado al estar supeditado a la estimación del anterior, por el que los recurrentes pretendían la modificación del *factum*. Al no ser ello así, este motivo no puede correr mejor suerte que el anterior.

El delito de apropiación se caracteriza por los siguientes requisitos: a) Una inicial posesión legítima por el sujeto activo de dinero, efectos o cualquier cosa mueble; b) Un título posesorio, determinativo de los fines de la tenencia, que pueden consistir sencillamente en la guarda de los bienes, siempre a disposición del que los entregó –depósito– o en destinarlos a algún negocio o a alguna gestión –comisión o administración–; c) El incumplimiento de los fines de la tenencia, ya mediante el apoderamiento de los bienes, ya por no darles el destino convenido, sino otro determinante de enriquecimiento ilícito para el poseedor –distracción– y; d) El elemento subjetivo denominado ánimo de lucro, que se traduce en la conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o de darle un destino distinto del pactado, determinante de un enriquecimiento ilícito. Será también requisito integrante de delito de apropiación indebida el dolo, comprensivo de la conciencia del agente de no tener derecho a la apropiación o disposición de los fondos.

El momento consumativo del delito de apropiación indebida tendrá lugar, tratándose de cosas guardadas en depósito, cuando se produce el apoderamiento de las mismas, y tratándose de la distracción de dinero o bienes, por no darles el destino convenido, se consuma el delito en la fecha en que debió haberse dado tal destino pactado, si se

incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del poseedor.

De nuevo insisten los recurrentes en que los fondos ingresados por Victoria se mezclaban (sic) con los precedentes ingresos de la pupila (Montserrat), de manera que aquéllos no respetan los hechos probados, intangibles en esta vía casacional, dado el cauce elegido para el motivo, que claramente exponen que la cuenta se abre con el único y exclusivo fin de servir a la administración del patrimonio de la menor, y para que figurasen en ella los diversos ingresos y gastos, «y en ningún caso para cargar cantidades que pudiese deber la acusada». Respecto al otro acusado, Luis María, esposo de la anterior acusada, se saca de contexto una frase del relato fáctico, en donde se expone que «no está por la contra suficientemente acreditado que el otro acusado participara de alguna manera en esos apoderamientos, ni se lucrara con ellos». Pero, claro, la sentencia recurrida se refiere única y exclusivamente a los sucesivos reintegros que lleva a cabo su esposa entre el día 5 de febrero de 1988 y el día 21 de noviembre de 2001, en que dejó la cuenta a cero, hasta el montante total de 1.460.199 pesetas, pero su actuación ilícita comprende actos de cooperación necesaria que lo constituyen el consentimiento para la constitución de la hipoteca que gravaba la hipoteca de la vivienda del POLÍGONO000, así como la posterior venta de la misma a la arrendataria, y de nuevo la comparecencia notarial para adquirir el apartamento de la DIRECCIÓN000. Son actos sucesivos de apropiación indebida necesarios para que ambos cónyuges se lucren para su sociedad de gananciales de tales inmuebles, que, sin duda, integran la transmutación de la inicial posesión lícita del patrimonio de la menor, para, tras sucesivas actuaciones, descapitalizar a la misma y quedarse con dinero que no le pertenece y que administra su esposa, siendo sumamente reprochables en la órbita jurídico-penal.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

El tercer motivo, formalizado por idéntico cauce impugnatorio, y por consiguiente con el oportuno respecto a los hechos declarados probados, denuncia la infracción del artículo 74 del Código Penal vigente (o el artículo 69 bis del derogado), en cuanto a la continuidad delictiva apreciada por la Sala sentenciadora de instancia.

La continuidad delictiva supone un único dolo –dolo unitario– que se exterioriza fraccionadamente, bien como ejecución parcial de un dolo conjunto ideado –plan preconcebido– o bien como un dolo continuado exteriorizado en el aprovechamiento de idéntica ocasión.

Esta Sala (Sentencia de 9 de diciembre de 1998) ya declaró que «el delito continuado constituye una figura jurídica que agrupa en una sola infracción compleja sancionable como delito único, una serie de acciones homogéneas realizadas en momentos distintos con unidad resolutoria», para ello debe concurrir el elemento fáctico de la pluralidad de acciones, el subjetivo de actuar con dolo unitario o conjunto, y el normativo de la homogeneidad del precepto o preceptos infringidos.

Como ya es doctrina consolidada en referencia al delito continuado, éste se integra por la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Pluralidad de hechos diferenciales y no sometidos a enjuiciamiento por separado por los Tribunales; 2) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebraba y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los mismos; 3) Realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; 4) Unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas; 5) Unidad de sujeto activo y 6) Homogeneidad en el *modus operandi* por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines. En tal sentido, y entre otras, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 marzo y 6 noviembre de 1996. Obvio resulta decir que esta doctrina no ha sufrido alteración alguna con el nuevo Código en la medida que el vigente artículo 74 es el equivalente normativo del anterior artículo 69 bis, aunque se constatan diferencias en cuanto a la imposición de la pena que en nada afectan a la esencia del delito continuado ya que tales diferencias penológicas sólo evidencian un cambio del legislador en cuanto a la punición de esta modalidad delictiva, motivada por razones de política criminal.

Así las cosas, los hechos probados narran una serie de actos delictivos, cada uno de ellos autónomo, pero que conforman una unidad a los efectos de integrar todos ellos un solo delito continuado. En efecto, tras el ingreso en la cuenta de la tutela de 3 millones de pesetas como consecuencia del fallecimiento de la madre de Montserrat, los acusados, puestos de acuerdo, y aparentando que compraban una vivienda a su sobrina, adquirieron para su sociedad de gananciales un determinado piso en el POLÍGONO0000, cuando hubiera sido más lógico ponerlo a nombre de la menor, si ésa hubiera sido la intención de aquéllos, de modo que parte del precio se abonó en metálico procedente de la cuenta de la menor, y el resto, se financió mediante un préstamo hipotecario que gravaba tal

vivienda, cargándose en la cuenta los plazos mensuales de amortización de préstamo, cuenta que se surtía de dos ingresos: una pensión de orfandad y otra procedente de un seguro. A continuación, los acusados deciden alquilar la referida vivienda, percibiendo una renta de 25.000 pesetas mensuales, y lejos de ingresar tales rentas en la cuenta de la menor, se la apropian aquéllos, haciéndolas suyas, por importe total de 550.000 pesetas, decidiendo después vender la vivienda a la arrendataria con objeto de comprar un apartamento en la playa, haciéndose cargo la compradora de la carga hipotecaria, y entregando a los vendedores la suma de 3 millones de pesetas, que lejos de ser ingresada en la cuenta de su sobrina, se la quedan los acusados. Para la compra del apartamento, se «hizo efectivo con 4.500.000 pesetas de su sobrina» y el resto con un préstamo hipotecario procedente del Banco Pastor, que parcialmente se han pagado a costa del saldo de la cuenta de la tutela, que a razón de 54.620 pesetas cada una, totaliza la suma de 1.529.360 pesetas. A la vista del relato que hemos transcrito, la continuidad delictiva es patente. El motivo no puede prosperar.

El cuarto motivo, también formalizado por ordinaria infracción de ley, denuncia la vulneración de los artículos 130, 131 y 132 del Código Penal de 1995, o los correspondientes preceptos del Código derogado.

Los recurrentes alegan que el delito está prescrito, pero para ello, parten «de la inexistencia de un delito continuado, como argumentamos en el motivo anterior», luego al haber sido desestimado tal motivo, éste deber correr la misma suerte. Es evidente que toda la actuación delictiva, realizada por los recurrentes, se enmarca en una pluralidad de acciones que se analiza como una unidad derivada de un único proyecto que se materializa en distintas acciones, por lo que el inicio del cómputo prescriptivo se realiza desde la finalización de la última de las acciones en cuyo plan se integraba (cfr. SSTS 10 de noviembre de 1997 y 797/1999, de 20 de mayo).

El motivo quinto del recurso, formalizado por infracción de ley, como el anterior, denuncia la vulneración del artículo 110 del Código Penal de 1995. En su desarrollo expone que los ahora recurrentes han sido condenados civilmente a que procedan a la restitución a favor de su sobrina del apartamento de la DIRECCIÓN0000 (finca NÚM0005), llevándose a cabo en el Registro de la Propiedad las rectificaciones oportunas, así como indemnicen a aquélla en las cantidades que se especifican en la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

El motivo no puede ser estimado en tanto que no se respetan los hechos probados, al decir los

recurrentes que el apartamento-vivienda tiene un valor en la actualidad de «16 o 17 millones de pesetas por la que los acusados han abonado un precio, precio procedente de su propio peculio, así como han hecho frente a las amortizaciones del préstamo hipotecario». El *factum* dice que el apartamento NÚM003, destinado a vivienda, del edificio conocido por DIRECCIÓN000, se adquirió por un precio real de 7.100.000 pesetas (escriturado nominalmente en 4.000.000 pesetas), y que dicho precio se satisfizo con 4.500.000 pesetas de su sobrina, y los 2.600.000 pesetas restantes, procedentes de un préstamo hipotecario concedido por el Banco Pastor. Es, por ello, que los jueces *a quibus* disponen que no puede entregarse libre de toda carga, como solicitó la acusación particular, si no que deben abonarse a los acusados los gastos derivados de la amortización del préstamo hipotecario, haciéndose la correspondiente compensación con las cantidades a satisfacer por éstos a su sobrina. En concreto, conjunta y solidariamente la suma 3.305,57 euros, y Victoria de forma exclusiva la cantidad de 8.775,97 euros.

Con relación a Luis María, el motivo expresa que no se lucró con la distracción de fondos de la cuenta de su sobrina, pero olvida el recurrente que la sentencia recurrida se refiere exclusivamente a la suma de 3.305,57 euros correspondientes a los alquileres de la vivienda del POLÍGONO000, no a los reintegros indebidos en la expresada cuenta por la cantidad de 8.775,97 euros.

El octavo motivo, formalizado por estricta infracción de ley, denuncia la indebida aplicación de los artículos 21.5 y 66 del Código Penal de 1995, aunque sin duda por error encabezan su motivo como si de vulneración constitucional se tratara (invocando la presunción constitucional de inocencia).

Los recurrentes solicitan la aplicación de la atenuante de disminución de los efectos del delito, con base en la consignación de la suma de 12.000 euros al comienzo del juicio oral.

Ciertamente la regulación de la atenuante 21.5 en el CP/1995, en palabras de la STS 18 de septiembre de 2003, supone una típica decisión de política criminal del legislador, en la que ha primado la consideración del beneficio objetivo de la víctima—sea por la vía de la plena reparación de los daños sufridos por la misma, sea por la mera disminución de sus efectos—sobre los aspectos éticos y subjetivos propios de las razones que hayan podido determinar al culpable a actuar de tal manera tras la comisión del hecho punible. Este elemento subjetivo, característico de la anterior atenuante del artículo 9.9 CP/1973, parece ahora irrelevante pues no se hace preciso acreditar la motivación del sujeto para

realizar esos actos de reparación material o de dar satisfacción al ofendido, pues son dos las formas en que puede manifestarse, con lo que va más allá de la satisfacción meramente económica. Incluso la STS 2 de julio de 2003, tras reconocer que esta atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño, admitiéndose no sólo la reparación de carácter económico, pues también se podría aplicar cuando se produce la restitución de los efectos del delito o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, como la petición de perdón o cualquier otro género de satisfacción que sin entrar directamente en el tipo podrán tener un cauce por el camino de la analogía (SSTS 4 de febrero de 2000, 16 de septiembre de 2004).

No obstante sí parece exigirse lo que la STS 3 de octubre de 2003, denomina *actus contrarius* por el cual el autor reconoce las infracciones de las normas cometidas, y la STS 9 de abril de 2001, con más detalle precisa que esta atenuante se basa en la realización de un *actus contrarius* al delito que implica un reconocimiento de la norma vulnerada por éste y en la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor. Es decir, se trata de una forma de retorno del autor al ámbito del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito concluyendo en que «lo decisivo es que exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida». En este sentido las SS 737/98 de 14 de mayo y el auto 2479/2000 de 6 de octubre precisan que sólo un acto de reconocimiento de la norma violada puede constituir una prestación positiva adecuada para disminuir la culpabilidad jurídica y generar la correspondiente compensación respecto de la pena adecuada a la culpabilidad.

Por último se ha señalado también que en todo caso, en el relato ha de recogerse las actuaciones colaboradoras o reparadoras llevadas a cabo por el condenado, STS 28 de mayo de 1999.

El motivo tiene que ser estimado exclusivamente con relación a Luis María, en tanto que en los hechos probados aparece que se ha lucrado de 550.000 pesetas conjuntamente con su esposa, la también acusada Victoria, y con la apropiación del apartamento de la DIRECCIÓN000, como ya hemos dejado constancia anteriormente. No es posible con respecto a la otra acusada, pues no se han reparado los efectos del delito, y éste es particularmente reprochable para quien ostenta, nada menos, que la cualidad de tutora de la menor. Aquel elemento atenuante que concurre en Luis María, junto a la estimación del motivo siguiente, exclusi-

vamente invocado por tal recurrente, en función de la infracción, no del artículo 28 del Código Penal, como incorrectamente se alega, sino del artículo 65.3 del propio Código, en su redacción actual que procede de la LO 15/2003 y que debe serle aplicado retroactivamente, que en suma es el fundamento sustancial de la queja casacional que articula el mismo, al invocar su situación jurídica como *extra-*

neus, esto es, que no concorra en él propiamente la cualificación jurídica del autor del delito cometido, sino de tratarse de un cooperador necesario, como así lo declara la sentencia recurrida, producirá la disminución de pena con respecto al mismo. Razón por la cual deberá bajarse un grado en la penalidad y condenarse en los términos que se dirán en segunda sentencia que ha de dictarse seguidamente.

OTRAS CUESTIONES

Teniendo conocimiento del acto dispositivo realizado por la madre en favor de la hermana y habiendo renunciado el hermano en la partición hereditaria a los derechos y acciones que pudieran corresponderle, se desestima la demanda interpuesta por el hermano frente a la hermana para que se declare la nulidad por simulación del contrato de vitalicio al entender que se trataba de una donación colacionable.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Entre doña Maite y su madre, el 17 de noviembre de 1992 se celebró un contrato en virtud del cual «cede a doña Maite que acepta el pleno dominio de la finca...» y «como contraprestación a la cesión, la parte cesionaria se obliga a prestar a la cedente, con carácter vitalicio, asistencia personal y alimenticia».
- ⊙ El 11 de junio de 1997 se otorga la escritura de aceptación de herencia, partición y adjudicación de bienes respecto a la herencia del padre, fallecido en 1986 y de la madre, fallecida en 1993, por los dos hermanos (doña Maite y don José Ángel). En ella no aparece la finca que había sido objeto del contrato de vitalicio y al final de la misma consta la siguiente declaración: «con las adjudicaciones hechas los herederos se dan por pagados en sus respectivos haberes, renuncian a cuantas acciones pudieran corresponderles y solicitan del Sr. Registrador de la Propiedad se sirva practicar dichas adjudicaciones en los términos y proporciones antes dichas».
- ⊙ Don José Ángel interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra su hermana doña Maite solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: 1) La nulidad por simulación del negocio jurídico suscrito entre la demandada y su madre doña Fátima en escritura de fecha 17 de noviembre de 1992, ante el Notario del Iltr. Colegio de Sevilla, don Juan Mota Salvador, con núm. de protocolo 1288; 2) Que como consecuencia de lo anterior se considere el negocio anteriormente referido una donación, colacionable a los efectos de determinación del caudal hereditario; 3) Que se integre el bien objeto del contrato, o en su caso la contraprestación que ha obtenido la demandada por su venta en el haber hereditario y proceder a la partición de conformidad con lo dispuesto por el causante en su declaración de última voluntad; y por último, se condene a la demandada en las costas de este litigio.
- ⊙ Doña Maite, contestó a la demanda oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando se dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de las pretensiones deducidas por la parte actora, todo ello, con expresa imposición de las costas causadas a dicha parte demandante.

- ◉ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Huelva dictó Sentencia el 29 de abril de 1998 desestimando íntegramente la demanda.
- ◉ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Huelva dictó Sentencia el 9 de abril de 1999 desestimando el recurso interpuesto por don José Ángel.
- ◉ Don José Ángel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda por las dos razones esenciales de que el demandante conocía la existencia del aludido contrato cuando se otorgó la escritura de aceptación de herencia y partición de la que se ha hecho referencia, cuya finca objeto del contrato no se incluyó en el inventario de bienes hereditarios y el demandante (y su hermana) se dieron por pagados en sus respectivos haberes, renunciando a cuantas acciones pudieran corresponderles. Esta misma sentencia desarrolla la doctrina jurisprudencia respecto a la vinculación jurídica de los actos propios y, «a mayor abundamiento» califica el contrato como atípico o innominado, de contrato de vitalicio.

La Sentencia de la Audiencia Provincial, Sec. 1.ª, de Huelva, de 9 de abril de 1999, aparte de calificar el repetido contrato de 17 de noviembre de 1992 de donación remuneratoria, confirmó la anterior desestimando la demanda por la esencial razón de que el demandante se dio por pagado en su respectivo haber y renunció a cuantas acciones pudieran corresponderle, tanto más cuanto tenía conocimiento que aquella finca objeto del contrato se había transmitido a su hermana y ésta la había vendido ya a una empresa constructora, por lo que estima correcta la aplicación de la doctrina de los propios actos.

Sostiene el recurrente que la sentencia de la AP de Huelva ha infringido la doctrina de los actos propios, como principio general del Derecho, pues él «nunca renunció a la colación, ni de manera expresa ni de manera tácita, puesto que siempre creyó que tenía que efectuar con posterioridad la partición de los bienes privativos de sus padres o la adición de los bienes de la herencia y que su hermana al final le compensaría».

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo porque está claro que el recurrente renunció a sus posibles futuras reclamaciones, conforme a la doctrina jurisprudencial sobre la renuncia y sobre los actos propios.

La esencia de esta desestimación del motivo se halla en las dos razones que ya expusieron las sentencias de instancia: don José Ángel interviene

junto con su hermana doña Maite en la escritura de aceptación de herencia de sus padres y partición de la herencia y en el inventario no se halla la finca urbana que fue objeto del contrato anterior por el que la madre de ambos la transmitió a su hija doña Maite, la cual posteriormente la vendió a una empresa constructora y se ha declarado probado el conocimiento por parte de aquél de ambas transmisiones y que la finca no formaba parte del inventario de los bienes de la herencia; además, hizo, tanto él como su hermana, renuncia expresa a cuantas acciones pudieran corresponderle, por darse por pagados en sus respectivos haberes, según el texto de la declaración que antes se ha transcrito.

Tanto una como otra razón son aceptadas por la Sala conforme a su propia jurisprudencia. Se estima que se trata de una renuncia a la posible reclamación sobre la finca objeto del contrato de vitalicio: renuncia tácita la intervención, como parte, en la partición del haber hereditario de sus padres en cuyo inventario no aparecía la finca cuya reclamación es el objeto de este proceso; renuncia tácita que es admitida jurisprudencialmente, como recuerda la Sentencia de 30 de octubre de 2001 al decir: «si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente, el artículo 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita». Y, por otra parte, es renuncia expresa la declaración que consta en la misma escritura de aceptación de herencia y partición que expresa literalmente que renuncia a las acciones; a cuya renuncia expresa también se ha referido la jurisprudencia, como la Sentencia de 25 de noviembre de 2002 que dice: «la jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renunciaciones no se presumen; que han de resultar de manifestaciones expresas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario o indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia». La renuncia, por dos veces, tácita y expresa, en el presente caso es indiscutible: el aceptar un inventario que no incluye la finca, a sabiendas, es una posición clara, terminante e inequívoca de que no la pretende reclamar

nunca y el renunciar a las acciones que pudieran corresponderle, por darse por pagado es una clara renuncia expresa.

Lo cual responde, a su vez, al principio general del Derecho de los actos propios que no sólo no se ha infringido, como se alega en este motivo del recurso, sino que se ha dado exacto cumplimiento al mismo, tal como lo ha entendido la doctrina de esta Sala: «...extinción de algún derecho, sin que la conducta del *agens* exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho» (Sentencia de 27 de enero de 1996) lo que en el caso presente en que el demandante y recurrente tenía conocimiento de que la finca no se hallaba en el inventario y que renunció a las acciones, es evidente su «plena conciencia»; «no produciendo efectos en el caso de que el acto esté viciado por error provocado o

cuando se violenta el consentimiento del otorgante» (Sentencia de 30 de septiembre de 1996) y en el presente caso no se ha probado en absoluto el error o la violencia; «... ha de ser concluyente e indubitado y con alcance inequívoco» (Sentencia de 7 de marzo de 1997), lo que ocurre en el caso presente; «inadmisibilidad de venir contra los propios actos ... comportamiento coherente ... entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior» (Sentencia de 16 de febrero de 1998) lo que exactamente ha ocurrido en el presente caso; la misma idea se reitera de «incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior» (Sentencias de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001).

OTRAS CUESTIONES

Desestimada la acción rescisoria por fraude de acreedores respecto a los contratos de compraventa de dos inmuebles realizados por los padres a favor de la hija, ya que el banco ejecutante pudo perseguir otros bienes muebles que constaban en la diligencia de embargo y que tenían un valor superior a la deuda que se reclamaba.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Lucio hizo entrega a Banco de Madrid de tres letras de cambio, por importe de 1.000.000 de pesetas dos de ellas y de 2.000.000 de pesetas la otra; la entrega se hizo en virtud de contrato de descuento, por lo que al resultar impagadas a su presentación, su importe se cargó en la cuenta del descontatario.
- ⊙ En 27 de abril de 1992, don Lucio hizo entrega a Banco de Madrid de una declaración de bienes en la que, además de dos inmuebles objeto de las compraventas, incluía como de su propiedad, un camión Renault R-....-R, de 38 TM; un remolque Lecifiana RO-1235 (Mera) y una pala Finanzauto 950-C.
- ⊙ Con fechas 17 de enero de 1994 y 29 de junio de 1993, don Lucio y su esposa doña María Rosa, como vendedores, y su hija doña Elvira como compradora otorgaron sendos contratos de compraventa que tuvieron por objeto, respectivamente, un piso sito en Punta Umbría, y un piso sito de Huelva.
- ⊙ Banco de Madrid cedió, entre otros, el crédito que sería frente a don Lucio, a Banco Español de Crédito, SA por escritura pública de 8 de julio de 1994.
- ⊙ Banco Español de Crédito, SA, formuló demanda contra don Lucio en reclamación de la cantidad de cuatro millones de pesetas importe de las letras descontadas, dando lugar a los autos número 354/1994 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Huelva.

- ⊙ Declarado en rebeldía el demandado, por auto de 13 de julio de 1994 se decretó el embargo preventivo de sus bienes, que se practicó en 13 de octubre siguiente; en la diligencia de embargo preventivo consta: «En ese acto se procede al embargo preventivo de los bienes que por nota se acompaña, entregándose copia de la misma al demandado»; esta diligencia se practicó en la persona de la esposa del demandado.
- ⊙ Los autos 354/1994 terminaron por Sentencia de 27 de enero de 1995, cuya ejecución no ha sido pedida.
- ⊙ El Banco Español de Crédito, SA formuló demanda de menor cuantía contra los esposos don Lucio y doña María Rosa y contra su hija doña Elvira, siendo parte el Ministerio Fiscal, en el que solicitaba que se dictase sentencia, que contenga los siguientes pedimentos: a) Se rescindan los contratos de compraventa de bienes, realizados por los demandados, decretando la restitución de los mismos, al patrimonio de don Lucio y su esposa doña María Rosa. b) Se condene a los demandados al abono de las costas de este procedimiento».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda se personaron en autos los demandados que solicitaron la desestimación de la misma.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Huelva dictó Sentencia el 29 de noviembre de 1997 estimando la demanda y declarando la rescisión, por fraude de acreedores de los contratos de compraventa celebrados por los demandados y acordando la restitución al patrimonio de los demandados, don Lucio y doña María Rosa de los bienes inmuebles objeto de los contratos que se rescinden y, todo ello, con expresa imposición a los demandados de las costas procesales causadas.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Huelva dictó Sentencia el 2 de marzo de 1999 desestimando el recurso.
- ⊙ Don Lucio, doña María Rosa y doña Elvira interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo absolviendo a los demandados de los pedimentos que se contenían en el suplico de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se alega la infracción del artículo 1294 del Código Civil, del artículo III y del 1291.3.º del mismo Código; se sostiene, de una parte, que no se ha observado el requisito de subsidiariedad de la acción pauliana que establece el artículo 1294 del Código Civil, y de otra que no se da el carácter fraudulento que se aprecia en la instancia de los contratos impugnados entendiéndose que no son aplicables al caso las presunciones del artículo 1297 del Código Civil.

En primer lugar, los recurrentes fundan la inobservancia del requisito de subsidiariedad de la acción pauliana por la sentencia de instancia, en no haber demandado la sociedad actora a los otros obligados cambiarios por las letras de cambio al pago de cuyo importe nominal fue condenado don Lucio, siendo así que, al tratarse de deudores solidarios, por ese medio podía haber hecho efectivo su crédito la actora. No es aceptable este

razonamiento; consta en autos que la entrega de las letras de cambio por don Lucio a Banco de Madrid lo fue en virtud de un contrato de descuento «cuya esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonan a las fechas de sus vencimientos por quien resulte obligado y deudor de los mismos, recuperando el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión *pro solvendo* y no cesión *pro soluto*, y a cuyo efecto resulta procedente la acción declarativa ejercitada (Sentencias de 22 de noviembre de 1992, 25 marzo y 24 septiembre de 1993 y 21 de junio de 1996)» (Sentencia de 2 de marzo de 2004). Al haberse cedido a la entidad bancaria las letras de cambio en comisión de cobro, carecía de acción cambiaria frente a los obligados en ellas y sí solo la acción declarativa nacida del contrato de descuento, que

fue la ejercitada en los autos 354/94 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Huelva.

En segundo término se argumenta que la entidad bancaria demandante, una vez fallido el embargo preventivo de los inmuebles, ha mantenido una actitud pasiva y ni siquiera ha intentado la ejecución de la sentencia por la que se condenaba a don Lucio, no obstante figurar en la relación de bienes entregada a Banco de Madrid bienes valorados en cuantía muy superior a la reclamada.

Dice la Sentencia de 8 de marzo de 2003 que para que prospere la acción rescisoria es necesario que se cumplan los requisitos exigidos en el Código Civil, siendo uno de los más relevantes el establecido en el artículo 1294, al señalar que la acción rescisoria es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Carácter principal de este requisito, que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto en las Sentencias de 14 de octubre de 1987, 24 de noviembre de 1988, 25 de enero de 1989, 27 de octubre de 1989, 27 de mayo de 1992 y 5 de diciembre de 1994, señalándose en la de 24 de noviembre de 1988 «que uno de los requisitos esenciales para el éxito de la acción pauliana viene constituido por la exigencia de que el acreedor carezca de otro recurso legal para obtener la reparación lo cual no ocurre en el caso de autos, toda vez que al no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo promovido por el Banco actor, no es dable estimar su imposibilidad para resarcirse del crédito»: En la Sentencia de 5 de diciembre de 1994, se dice de la misma forma que «la entidad bancaria no impulsó debidamente

el juicio ejecutivo por él iniciado, no habiendo agotado la vía de apremio, lo cual no permite tener como probado la imposibilidad de la entidad bancaria para resarcirse de su crédito y por tanto falta la premisa fundamental de la acción rescisoria ejercitada, cual es la subsidiariedad.

En el caso ahora enjuiciado; Banco Español de Crédito, SA una vez fallido el embargo preventivo de los bienes inmuebles que el codemandado alegaba ser de su propiedad, no prosiguió en su actividad asegurativa del resultado de la sentencia que postulaba en los repetidos autos 354/94, ante la rebeldía del demandado, no obstante figurar en la citada relación de bienes otros de carácter mueble, valorados en cantidad muy superior a la reclamada y cuyo embargo, concretamente respecto del camión Renault, podía hacerse constar en un registro público; recaída sentencia firme condenatoria en los autos 354/94, no se ha instado su ejecución; no se trata de imponer al acreedor una exhaustiva investigación de hallarse su deudor en posesión de bienes suficientes para atender su obligación, sino que habiendo admitido el banco la existencia de otros bienes en poder de su deudor, por la aceptación de la declaración hecha por éste, un mínimo deber de diligencia imponía a la actora recurrida en casación comprobar si tales bienes seguían en poder del deudor y, caso afirmativo, si eran suficientes para satisfacer su crédito, antes acudir al ejercicio de la acción rescisoria. En consecuencia, no puede estimarse cumplimiento acreditado por la actora la carencia de otro remedio legal para hacer efectivo su derecho de crédito y, por ello, han de ser admitidos el motivo primero, en los términos que resultan de lo dicho hasta ahora, y el motivo segundo.

OTRAS CUESTIONES

El contrato de compraventa de un bien propiedad de unos menores celebrado por su madre sin la preceptiva autorización judicial no es nulo, sino anulable, por lo que no habiéndose ejercitado la acción de anulación dentro de los cuatro años desde que alcanzaron la mayoría de edad, aquél debe reputarse totalmente válido.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Juana y doña Teresa interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don José Pablo, doña Amelia, don Pedro Francisco, don José Pedro, don Daniel, don Salvador, don Luis Pablo, don Armando, doña Mariana, doña María Purificación, doña Francisca solicitando se dictase sentencia por la que se condene: 1. A los demandados, don José Pablo, doña Amelia, don Pedro Francisco, don José Pedro, don Daniel y don Salvador a elevar a público el contrato privado de

compraventa suscrito el día 30 de marzo de 1959 entre doña Maite y don José Pablo como vendedores y don Clemente como comprador, del piso sito en ..., condenándoles, asimismo, a efectuar la división horizontal de la finca ... de Madrid, y a la inscripción registral del indicado piso ... de dicho inmueble a nombre de don Clemente, para reanudar el tracto sucesivo y poder mi mandante inscribirlo posteriormente a su nombre en el Registro de la Propiedad. 2. Alternativamente, para el supuesto de que se considerase que a los hermanos de don José Pablo no les afectan los actos realizados en su día por éste y por su madre, se condene a don José Pablo al cumplimiento de lo pactado por él en la estipulación tercera del contrato suscrito el día 30 de marzo de 1959, procediendo a tal fin a la división de la cosa común –finca ... de Madrid– y a la adjudicación a su favor del piso NÚMoor, núm NÚMoor de dicho inmueble, realizando cuantos trámites sean necesarios para la inscripción del piso a favor de nombre a nombre de don Clemente, para reanudar el tracto sucesivo y poder inscribirlo posteriormente a nombre de mis representadas. 3. Alternativamente y en el supuesto de que las dos peticiones no pudieran cumplirse materialmente, se condene a los hermanos Salvador José, Pedro Daniel, José Pablo, Amelia, Pedro Francisco o, en su caso, a don José Pablo, a indemnizar a mis representadas en el valor de mercado del piso ... de esta capital, que deberá ser fijado en ejecución de sentencia. 4. Se condene a don Luis Pablo, don Armando y doña Mariana y a doña María Purificación y doña Francisca, como únicos y universales herederos de don Clemente, a elevar a público el contrato de compraventa suscrito el día 2 de enero de 1980 por éste, a favor de mis representadas, respecto al piso ... de Madrid. 5. Se condene al pago de las costas a los demandados.

- ⦿ Don José Pablo, don Pedro Francisco, don Daniel, doña Amelia, don José Pedro y doña Susana contestaron a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dicte en su día sentencia en la que con estimación de la excepción formulada por esta parte, o en su defecto, de las causas de oposición expuestas en relación al fondo del asunto, se desestime la demanda interpuesta, con expresa condena en costas a la actora.
- ⦿ Doña Mariana y don Luis Pablo, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dicte en su día sentencia rechazando de pleno la demanda actora en cuanto a todas las peticiones que a mis poderdantes formulan.
- ⦿ No habiendo comparecido los demandados don Armando, doña María Purificación y doña Francisca, se les declaró en rebeldía.
- ⦿ El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 12 de Madrid dictó Sentencia el 3 de septiembre de 1996 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación la Sec. 18.^a de la AP de Madrid, dictó Sentencia con fecha 30 de noviembre de 1998 estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por doña Juana y doña Teresa condenó a los codemandados don José Pablo, doña Amelia, don Pedro Francisco, don José Pedro y don Daniel y a doña Susana en representación del menor Miguel Ángel a elevar a público el contrato privado de compra-venta de fecha 30 de marzo de 1959, realizado entre doña Maite y don José Pablo como vendedores y don Clemente como comprador, del piso ... de esta capital; así como a efectuar la segregación y división horizontal de la finca de la que forma parte el citado piso; y condenó a don Luis Pablo y a Mariana y a don Armando, doña María Purificación y doña Francisca, declarados rebeldes, en su calidad de herederos de don Clemente, a elevar a público el contrato de compraventa, suscrito el día 2 de febrero de 1980, por éste a favor de las actoras, sobre el piso ... de Madrid.
- ⦿ Don José Pablo, don Pedro Francisco, don Daniel, doña Amelia, don José Pedro y doña Susana, en nombre de su hijo Miguel Ángel interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión jurídica que ha llegado a casación, por medio del presente recurso interpuesto por un conjunto de codemandados, es el tipo de ineficacia del negocio jurídico de disposición de inmueble (en este caso, la compraventa en documento privado, de 30 de marzo de 1959, de un determinado piso) celebrado por la madre representante legal, titular de la patria potestad (única, pues el padre había fallecido) en nombre y representación (legal) de sus hijos menores de edad, pero sin la autorización judicial que exige el artículo 166, párrafo primero, del Código Civil.

El Código Civil exige tal autorización, pero no prevé explícitamente la sanción en caso de que se realice aquel negocio jurídico sin la misma; débese entender que se trata de anulabilidad, por asimilación del acto que realiza una persona –como el representante legal– sin la capacidad necesaria para ello, por faltarle el complemento de capacidad consistente en la autorización judicial, con la situación semejante, que produce igualmente la anulabilidad, del incapacitado parcial sujeto a curatela que realiza un negocio jurídico que precisa la intervención del curador sin ella (artículo 293 del Código Civil) o al que realiza el tutor sin autorización judicial (artículo 271, que tampoco concreta la sanción). Es decir, aunque las semejanzas nunca son idénticas, el representante legal no actúa sin representación, ya que la tiene por ley; actúa sin autorización judicial, complemento de su actuación jurídica que le falta; esta ausencia produce que el negocio jurídico que realiza esté falto de la capacidad completa; lo cual da lugar a la anulabilidad.

Éste ha sido el criterio que ha seguido la jurisprudencia de esta Sala, que recoge la Sentencia de 9 de mayo de 1994 y reitera la de 23 de diciembre de 1997, que destacan que el interés privado de los particulares es el prevalente en los casos de anulabilidad, como el del negocio dispositivo de bienes inmuebles de menores, los cuales, al llegar a la mayoría de edad pueden proceder a su anulación (artículo 1302 del Código Civil) o a su confirmación expresa o tácita (artículo 1311 en relación con el artículo 1301). No es baldío reproducir el párrafo de la primera de las citadas sentencias, reproducido en parte por la segunda de ellas: «la enajenación realizada sin la previa autorización judicial no es inexistente en el sentido del artículo 1261, ni nula en el del 6.3, sino que, como declaró la Sentencia de 9 de diciembre de 1953, puede la enajenación convalidarse al llegar el menor a la mayoría de edad, por lo que se inclina por la simple anulabilidad, criterio este que está en línea con la doctrina declarada en las de fechas 29 de noviembre de 1958 y 19 de

diciembre de 1977 e, incluso, la de 21 de mayo de 1984, y aún cuando existen otras sentencias, entre ellas, las de 9 de diciembre de 1953 (sin perjuicio de la convalidación por el menor al llegar a la mayoría de edad) y 25 de junio de 1959, partidarias de la nulidad radical, procede reafirmar la naturaleza anulable de tales enajenaciones, toda vez que el matiz diferenciador que supera la anulabilidad de la nulidad es la calificación del interés, público o privado, a cuya protección se ordenan, y así, la defensa del interés público exige la indisponibilidad de la ineficacia de los actos contrarios a dicho interés, mientras que cuando está en juego es el simple interés privado de los particulares, resulta más adecuada una ineficacia disponible relativa y tuitiva, que es la propia de la anulabilidad, y sin que, en este punto, quepa olvidar que, en cualquier caso, los menores disponen de una acción de nulidad al llegar a su mayoría de edad, artículo 1301 del Código Civil, y de un mecanismo de confirmación, artículo 1311 del expresado texto legal».

Como antecedente fáctico, débese partir de que se produjo la venta de un piso propiedad de menores de edad en fecha 30 de marzo de 1959 por quien ostentaba su representación legal y sin la autorización judicial que exige el artículo 166 que mantiene la misma que la redacción originaria del artículo 164 vigente al tiempo de celebrarse dicho contrato.

Los causahabientes del comprador ejercitaron acción para que los vendedores, entonces menores de edad, eleven a escritura pública aquel contrato celebrado en documento privado en 1959, como acción principal, con otros pedimentos derivados y sucesivas acciones subsidiarias, pese a que se califican formalmente como alternativas.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 12 de Madrid, en su Sentencia de 3 de septiembre de 1996, desestimó la demanda por entender que aquel contrato adolecía de nulidad radical, lo cual es erróneo, tanto más cuanto se fundaba en que quien celebró el negocio jurídico «lo hace arrogándose falsamente la representación... (sic) lo cual no es así: la madre, viuda, titular de la patria potestad, sí tiene la representación porque se la atribuye la ley; distinto es el tema de que no haya obtenido autorización judicial para tal negocio jurídico; y muy distinto el del representante sin poder –que no es el caso presente– que emite una apariencia de declaración de voluntad, que no es para sí mismo porque la hace en nombre de otro (el representado) y tampoco es declaración del representado porque no la emite ni quiso emitirla por medio de otro (el representante) por lo que no hay declaración de voluntad y, por ello, el negocio jurídico sería inexistente.

La Audiencia Provincial, Sec. 18.^a, de Madrid, en su Sentencia de 30 de noviembre de 1998, revocó la anterior, de primera instancia, y estimó la acción principal, tema que ha llegado a casación. Ha mantenido, citando las sentencias, la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que aquella mencionada compraventa no es nula sino anulable y dice: «ha de considerarse que efectivamente, la venta de inmueble realizada en fecha de 30 de marzo de 1959 por doña Maite, en nombre de sus hijos menores, que incurría en lo dispuesto en el artículo 164 del Código Civil, ahora artículo 166 del mismo texto legal, no puede considerarse nula, en el sentido de deber ser subsumida en el artículo 6 núm. 3 del Código Civil, sino meramente anulable» y añade que «la enajenación realizada en estas circunstancias, puede convalidarse al llegar el menor a la mayoría de edad, inclinándose por la simple anulabilidad, criterio este que está en línea con la doctrina declarada en Sentencias de 29 de noviembre de 1958, 19 de diciembre de 1977, y tal como afirma, a su vez, la Sentencia de 9 de mayo de 1994, debe reafirmarse la naturaleza anulable de tales enajenaciones». Por lo que, en definitiva, ha estimado «plenamente válido el contrato suscrito en fecha 30 de marzo de 1959 máxime, cuando al mismo concurrió como parte, también vendedora el hijo, mayor de edad al momento, de doña Maite, don José Pablo y no consta acreditado en forma alguna la ignorancia de los demás hijos, una vez alcanzada la mayoría de edad, sobre el contrato en su nombre, suscrito por su madre en el año 1959».

El primero de los motivos del recurso de casación alega la infracción, por inaplicación, de los artículos 166 y 6.3 del Código Civil e infracción de doctrina jurisprudencial. No se ha producido infracción alguna de los citados artículos del Código Civil aunque ni uno ni otro estaban vigentes al tiempo de la celebración del contrato de compraventa objeto de la acción principal, de 1959; el primero fue redactado por Ley 11/1981, de 13 de mayo y modificado por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, aunque la exigencia de autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles por los titulares de la patria potestad viene del texto originario del Código Civil, artículo 164; el segundo fue redactado conforme a la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de bases y Decreto legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, aunque el concepto de nulidad ya se contenía en la redacción originaria del Código Civil, artículo 4. No se ha producido infracción porque del artículo 164, hoy 166, no se deriva la nulidad radical que preveía el artículo 4, hoy 6.3 del Código Civil. Tal como se ha dicho en el fundamento anterior, la actuación del representante legal sin la autorización judicial no implica que falte el consentimiento como se dice en este motivo

del recurso, sino que se ha dado éste, es decir, la concurrencia de las declaraciones de voluntad de vendedor y comprador, aunque aquél actuaba en nombre y representación de sus hijos menores de edad, como titular de la patria potestad, sin la preceptiva autorización judicial. Pero sí hubo consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261.1.º del Código civil aunque el de la parte vendedora adolecía de la falta de autorización judicial. Esta falta, como se ha dicho, no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que éste es anulable y si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código Civil, se produce la confirmación por disposición de la ley, llamada prescripción sanatoria, por el transcurso del plazo de caducidad lo que podría ejercitarse aquella acción de anulación. Por tanto, el contrato de compraventa de 30 de marzo de 1959 no es nulo, fue anulable pero ha sido confirmado al haber transcurrido mucho más de cuatro años desde que los hijos menores de edad llegaron a la mayoría de edad y no ejercitaron acción de anulación. Así, el contrato ha quedado confirmado, es válido y debe ser elevado a escritura pública. Y el motivo, por ello, se rechaza.

El segundo de los motivos del recurso de casación alega la infracción, por inaplicación, de los artículos 1261 y 1263 del Código Civil y por aplicación indebida de los artículos 1300, 1301 y 1311 del Código Civil. En este motivo se insiste en la misma argumentación del motivo anterior, desde distinto punto de vista y se debe responder jurídicamente en forma negativa. Se prestó consentimiento, aunque, como se ha dicho, la parte vendedora estaba representada por su representante legal, titular de la patria potestad. Así, no aparece infracción alguna del artículo 1261.1.º ni del artículo 1263. No hubo tampoco la autorización judicial que exija el artículo 164, hoy 166, del Código Civil que no se menciona en este motivo. Partiendo de que hubo el consentimiento contractual (artículo 1261.1.º) prestado por la representante de los menores de edad y no por ellos mismos (artículo 1263.1.º) y no provocando nulidad su actuación sin la autorización judicial (artículo 164, hoy 166) tienen aplicación los artículos 1300 y 1301 del Código Civil que declaran la anulabilidad del contrato cuya acción caduca a los cuatro años y si no se ejerce produce la confirmación, según el artículo 1311. Así, no aparece infracción alguna de tales artículos sino que los contratantes menores de edad representados por su representante legal no ejercitaron la acción de anulación en el plazo de caducidad de cuatro años, por lo que el contrato quedó confirmado.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

La heterosexualidad de los cónyuges en un matrimonio de personas de diferente sexo es una de las cualidades esenciales de la persona de tal manera que su ausencia, por la existencia de una orientación homosexual puede inducir al error esencial al otro contrayente y constituirse en un vicio del consentimiento que conlleva la nulidad matrimonial.

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Jaime Massanet Moragues

Se ejercita por la parte actora doña María Purificación, acción personal de nulidad matrimonial.

Relata la parte actora que se casó con el demandado el día 11 de julio de 1997, sin que hayan tenido descendencia de tal unión; que se casó con el demandado por desconocer su condición de homosexual; que le confesó tal condición con posterioridad a la celebración, en concreto el día 9 de mayo de 2002; que hasta tal día le fue ocultada maliciosamente por el mismo; que por ello interesa se declare la nulidad de su matrimonio con el demandado interesando que el mismo sea condenado a pagarle una indemnización de 6.000,00 euros por el grave perjuicio moral y psicológico que le ha producido.

Por su parte, el demandado don Tomás se opone a las pretensiones de adverso sosteniendo que no engañó a la esposa, con la que se casó con plena convicción y conciencia de su heterosexualidad, intentando formar una familia; que no tenía la condición de homosexual ni antes, ni en el momento de contraer matrimonio, ni después de la celebración por lo menos unos cuatro años de convivencia, en que intentaron tener descendencia por todos los medios; que al no conseguirlo le provocó un alto grado de insatisfacción que desembocó en frustración e insatisfacción sexual; termina reiterando la falta de engaño e interesa la desestimación de la demanda.

La sentencia con la que se dio por terminada la primera instancia de este procedimiento civil, desestima totalmente la demanda en los términos que se han dejado transcritos *ad pedem litteram* en el antecedente de hecho primero de esta resolución.

La propia parte actora, doña María Purificación, se levanta en apelación contra la sentencia con la

pretensión de obtener otra que, revocando la de instancia, estime íntegramente la demanda, reproduciendo, en lo esencial y al efecto, la argumentación mantenida en la instancia.

Recurso este que es objeto de oposición por la parte demandada apelada, don Tomás, que ha impetrado de la Sala la confirmación de la sentencia.

La actora sustenta la acción que ejercita de nulidad de su matrimonio con el demandado, en la causa 4.ª del artículo 73 de nuestro Código Civil, el cual literalmente establece que es nulo el matrimonio cualquiera que sea la forma de su celebración: 4 El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

En cuanto a este precepto, la doctrina viene DISTINGUIENDO entre el error obstativo, que recae sobre la identidad del otro contrayente y el error vicio, o error propiamente dicho acerca de las cualidades personales, siendo éste el típico error del negocio matrimonial.

«Aun cuando no hay posturas unívocas ni pacíficas acerca de las cualidades personales, como dice la reciente Sentencia AP Zaragoza de 2 marzo 2005, se entiende que la cualidad personal se predica tanto de la dimensión física de la persona como de la psíquica, incluyéndose aquí las deficiencias o anomalías psíquicas que no impiden ni obstaculizan la emisión de un consentimiento válido por parte de quien las padece, pero no a cualquier cualidad individual equivocada, sino a aquellas que por su entidad hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento; esto es, el error sobre las cualidades de la persona debe

ser lo suficientemente GRAVE como para impedir la prestación del consentimiento, si hubieran sido conocidas con anterioridad a la celebración del matrimonio, pues no cualquier error en la personalidad de uno de los contrayentes da derecho al otro a alegar la nulidad por engaño (STS de 11 de julio de 1987 y 18 de septiembre de 1989 y SAP de Madrid de 12 de julio de 1996), bien entendido, en todo caso, que debe referirse a cualidades no conocidas con anterioridad al matrimonio (STS de 18 de septiembre de 1989) y que su existencia y peso en la decisión de contraer matrimonio ha de ser probado suficientemente por quien lo alega, por ser carga que le corresponde conforme a las normas que se derivan del artículo 217 LEC.»

Este error deberá medirse con arreglo a criterios objetivos pero no menos importante es que habrá de valorarse e interpretar los hechos y las conductas de ambos contrayentes en el período previo a la celebración, esto es, las relaciones previas al matrimonio (STS de 11 de noviembre de 1987), siendo cierto que no siempre la situación matrimonial de cónyuge podrá dar lugar a la nulidad, también lo es que si el error se ha padecido con anterioridad de modo que las únicas cualidades que son tenidas en consideración son aquellas anteriores o coetáneas al mismo puede dar lugar a la nulidad del matrimonio por error, nunca las que se producen con posterioridad, que originarán, en su caso una causa de separación o divorcio.

Así pues, podemos resumir que se requieren los siguientes REQUISITOS para que se produzca el supuesto de nulidad:

- 1.º Que recaiga sobre cualidades personales del otro contrayente y que debe existir en el momento de prestar el consentimiento matrimonial;
- 2.º Que tal cualidad personal debe tener una entidad importante, y
- 3.º Que dicho error sea determinante (esencial) para la prestación del consentimiento.

Sentado ello, hay que determinar si la heterosexualidad anterior a la celebración del matrimonio de personas de diferente sexo, es una de las cualidades esenciales de la persona al efecto del matrimonio entre personas de diferente sexo, de tal manera que su ausencia, por la existencia de una orientación homosexual pudiera inducir al error esencial sobre una de las cualidades personales, con la requerida entidad para causar un vicio del consentimiento en el otro cónyuge.

La respuesta ha de ser positiva (y viceversa, también lo podría ser la heterosexualidad tratándose de matrimonios del mismo sexo, permitidos recientemente por la última reforma del Código Civil), por cuanto lo contrario sería una unión de

dos personas con causa de fracaso convivencial *ab initio*. Tanto el Tribunal Supremo como las distintas Audiencias Provinciales han estimado demandas de nulidad cuando las circunstancias o cualidades personales eran de suficiente entidad; así el TS en Sentencia de 1 julio 1994 estimó la nulidad en un supuesto en el que la esposa hizo creer al marido que aún estaba en edad de engendrar hijos. En otras ocasiones el ocultar la condición de toxicómano o alcohólico se han considerado como cualidades de entidad suficiente para acordar la nulidad del matrimonio por esta causa (AP de Valencia de 20 de marzo de 1997), el haber sido condenado por un delito y haberlo ocultado (AT de Granada de 14 de diciembre de 1987) o las anomalías psíquicas (AP de Albacete de 13 de junio de 1994). La SAP de Sevilla de 21 de julio de 2000 las resume así: La enfermedad mental grave, la enfermedad física contagiosa o que impida la procreación, la impotencia, la homosexualidad, el padecimiento de una enfermedad degenerativa irreversible. Y a todas estas causas *ad exemplum*, entiende esta Sala que podríamos añadir, cual hemos apuntado antes, la heterosexualidad en el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Una vez sentada la naturaleza jurídica de la institución sobre la nulidad relativa o anulabilidad del matrimonio por error en las cualidades personales de un contrayente, y que la heterosexualidad es una cualidad esencial de la persona en caso de matrimonios de diferente sexo, procede pasar al estudio del recurso de apelación que sostiene la actora doña María Purificación, y ello después de haber efectuado el análisis de las pruebas practicadas en la instancia, máxime cuando, en el caso, se alega como motivo de apelación el error en la apreciación de las pruebas.

En relación a la pasiva conducta procesal del demandado, conviene recordar aquí que en nuestra sentencia núm. 213 de fecha de 25 de marzo de 2002, recogida por la núm. 446 de la Sección 5.ª de esta Audiencia de fecha de 19 de julio de 2002, «A diferencia de lo que ocurría con la anterior, ahora en la nueva LEC no se admite una actitud procesal meramente pasiva en el demandado, así con referencia al juicio ordinario, se impone al demandado en el artículo 405.2 la positiva obligación de negar o admitir los hechos aducidos por el actor (por esto se han de narrar de manera ordenada y clara) no basta ya la simple negación; en el nuevo juicio verbal, al emplazar al demandado ya se le cita de comparecencia a efectos de que pueda absolver el interrogatorio de preguntas (artículo 440.1 LEC) que oralmente le formule la actora, con la prevención de que si no comparece y se propusiera y admitiera su declaración, podría considerarse que admite los hechos del interrogatorio en que

hubiera intervenido personalmente y le sean enteramente perjudiciales (artículo 304.1 LEC). Por su parte el artículo 217 LEC al determinar la carga de la prueba recoge en su apartado 6, el principio de la facilidad probatoria, en virtud del cual para la aplicación de lo dispuesto en sus apartados anteriores de tal artículo, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. De todo ello se deduce, como venimos diciendo, que la nueva ley ha acabado con la absoluta pasividad que se permitía al demandado en el régimen de la anterior legislación. Ahora ha de colaborar activamente con la administración de justicia de conformidad a las reglas de la buena fe (artículo 247 LEC) pudiendo ser sancionado –tanto actor como demandado– por infracción a dichas reglas, por impugnación temeraria de algún documento (artículo 320.3 LEC), por tacha temeraria o desleal (artículo 344 LEC) o por retrasar la ejecución de una prueba admitida (artículo 288 LEC), entre otros supuestos de no colaboración o colaboración defectuosa».

El bagaje probatorio practicado en la instancia es más bien escaso y más aún cuando se ha sustraído a la acción de la justicia una prueba capital como es la de interrogatorio de parte del demandado don Tomás. Atendida la explicación que la Letrada del demandado ofrece al juzgador de instancia –según comprueba la Sala viendo y oyendo la escena en el juicio– sobre la repentina causa –que no se explica– que le impide comparecer a juicio y sin que se pida el aplazamiento para prestar una prueba tan importante, llega la Sala, por vía de presunción judicial (definida por la jurisprudencia del Tr. Supremo como aquella en la que el Juzgador establece en cada caso concreto, la relación existente entre la premisa base y la afirmación consecuente, SSTs de 16 de marzo de 2000, 27 de septiembre de 1999, 9 de octubre de 1998, 6 de noviembre de 1998, 26 de febrero de 1999, entre otras muchísimas), a que la ausencia tiene todos los visos de obedecer a una hábil (por cuanto ha sido aceptada en la instancia) maniobra procesal de la dirección letrada del demandado, actitud pasiva inadmisibles según hemos visto en las sentencias citadas antes, por lo que no queda más remedio que estimar el motivo

de apelación de la actora de tener por confeso al demandado, al amparo del artículo 304 LEC, en el reconocimiento de su condición de homosexual anterior al matrimonio y en su ocultación maliciosa a la que sería su esposa sobre tal condición homosexual.

Además, que ello sea así, se confirma con dos hechos. Uno, el hecho de que el marido ya tuviera tal orientación sexual con anterioridad al matrimonio, es la consecuencia natural de ser congénita tal orientación, según nos enseña la doctrina científica, y dos, que, además de ser congénita la condición de homosexual, a la edad de 31 años, en que el actor se casó, ya está definida la propia sexualidad u orientación sexual.

Consecuentemente, se ha de estimar el motivo de apelación de la actora.

Sin embargo todo ello, como señala la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992, es requisito esencial para que proceda la indemnización no sólo la buena fe del cónyuge que la reclama, sino la concurrencia de mala fe en aquél a quien se reclama, debiendo partirse de una situación de buena fe en ambos; por aplicación de este principio que el Código Civil contempla genéricamente en su artículo 7, en relación a la literalidad del precepto 79 de dicho Código, al presumir la buena fe como regla general. Porque en estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el artículo 98, pues ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1195 del Código Civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada.

Del análisis de cuanto se ha demostrado en autos, la presunción de buena fe en la esposa actora se convierte en definitiva al tener que dar por probado en virtud del principio de normalidad su alegación de que ella no se habría casado de haber sabido la diferente orientación del marido, y por el contrario, igual argumento hace corroborar la mala fe –antes ya demostrada– en el demandado que conociendo su inclinación homosexual la ocultó a la que después se convertiría en su esposa.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Fijación de una indemnización por nulidad matrimonial de 6.000 euros al haberse acreditado la mala fe del esposo que conociendo su inclinación homosexual se la ocultó a la que después se convertiría en su esposa.

AP BALEARES, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Jaime Massanet Moragues

Como señala la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992, es requisito esencial para que proceda la indemnización no sólo la buena fe del cónyuge que la reclama, sino la concurrencia de mala fe en aquél a quien se reclama, debiendo partirse de una situación de buena fe en ambos; por aplicación de este principio que el Código Civil contempla genéricamente en su artículo 7, en relación a la literalidad del precepto 79 de dicho Código, al presumir la buena fe como regla general. Porque en estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el artículo 98, pues ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1195 del Código Civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada.

Del análisis de cuanto se ha demostrado en autos, la presunción de buena fe en la esposa actora se convierte en definitiva al tener que dar por probado en virtud del principio de normalidad su alegación de que ella no se habría casado de haber sabido la diferente orientación del marido, y por el contrario, igual argumento hace corroborar la mala fe –antes ya demostrada– en el demandado que conociendo su inclinación homosexual la ocultó a la que después se convertiría en su esposa.

Sentado todo ello, solamente queda un requisito por examinar y no es otro que el de la cantidad a que la actora tiene derecho a ser indemnizada por

el demandado al concurrir los dos requisitos exigidos por el artículo 98 del Código Civil, a saber, ser de buena fe y haber existido convivencia conyugal. Observemos que la convivencia opera como un requisito del tipo y no como causa excluyente de la nulidad.

El Código Civil para establecer el *quantum* de la indemnización se remite a las reglas de la pensión compensatoria del artículo 97 CC. Al efecto como señala la Sentencia citada del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992, la indemnización que dicho artículo 98 del Código Civil reconoce, no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, por lo que la remisión que el primero de los artículos realiza al segundo ha de entenderse rectamente en el sentido de que dándose la situación prevista en dicho artículo 98, el 97 sólo incide a efectos de cuantificar la indemnización postmatrimonial de procedencia.

Pues bien, aplicando tales reglas entiende la sala que es proporcionada la indemnización de 6.000 euros que interesa la actora, por lo cual la misma se asume y se condenará al demandado a abonarla a la que apareció como su esposa.

La consecuencia de todos los anteriores razonamientos, no puede ser otra que la estimación íntegra del recurso y de la demanda de la actora doña María Purificación, lo cual implica la revocación íntegra de la sentencia del juzgado *a quo*.

PATRIA POTESTAD

Ha existido un retraso en el cumplimiento de su obligación alimenticia, prescrita por el artículo 154.1.º del Código Civil, pero este hecho no reviste, al menos todavía, la gravedad que sería exigible para justificar la privación de la patria potestad, al haber pagado la deuda.

AP VALENCIA, SEC. 10.^a, SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

Establece el artículo 170 del Código Civil que el padre o la madre podrán ser privados total o par-

cialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes

a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial; este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la manera que expresa, por ejemplo, la Sentencia de 10 de noviembre de 2005: «en efecto, sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996 entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo»; en el caso que hoy atrae la atención del Tribunal, consta, por el propio reconocimiento de las dos partes, que el demandado abonó las dos

primeras mensualidades de la pensión de alimentos fijada en la Sentencia de separación de 2 de enero de 2004, que aprobó el convenio regulador firmado por los litigantes, y luego dejó de hacerlo, hasta el día 18 de noviembre de 2005 (folio 37), en que pagó lo debido; ha existido un retraso en el cumplimiento de su obligación alimenticia, prescrita por el artículo 154.I.º del Código Civil, pero este hecho no reviste, al menos todavía, la gravedad que sería exigible para justificar la privación de la patria potestad, al haber pagado la deuda; tampoco la falta de relación personal del demandado con su hijo puede determinar la consecuencia jurídica pretendida por la actora, habida cuenta de que no existe prueba sólida de que esta falta de contacto se debe sólo al desinterés del demandado, de modo que ha podido influir también la tensión existente entre los cónyuges, e incluso, la situación psicológica del apelado posterior a la separación, invocada por él; no procede por lo tanto privar al apelado de la patria potestad sobre su hijo, institución que, como antes se ha dicho, la jurisprudencia aplica restrictivamente.

PATRIA POTESTAD

Con los meros argumentos que aporta y sin otro sustento probatorio, no se acredita que efectivamente sea consumidor de alcohol ni, lo que es más importante, que en la hipótesis que esto fuera así, que dicho consumo fuera suficiente para justificar la privación de la patria potestad.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Bonet Navarro

Por lo que se refiere al recurso de doña Carina, en primer lugar impugna la decisión del juzgador *a quo* sobre la atribución de la patria potestad, solicitando que por carecer de condiciones adecuadas en el progenitor ésta debería suspenderse fundamentalmente debido a la ingesta habitual de alcohol por parte del mismo. No obstante, hemos de señalar que con los meros argumentos que aporta y sin otro sustento probatorio, no se acredita que efectivamente sea consumidor de alcohol ni, lo que es más importante, que en la hipótesis que

esto fuera así, que dicho consumo fuera suficiente para justificar la privación de la patria potestad. Siendo por lo demás que en este caso no ha de olvidarse que, con independencia que se atribuya la patria potestad a ambos cónyuges como regla general y habitual, conforme al artículo 156 CC *in fine* «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva». En definitiva, no se justifica la petición formulada sobre la privación de la patria potestad al progenitor.

PATRIA POTESTAD

Habiendo transcurrido al menos cuatro años desde que el padre se ha desentendido de los hijos, procede privarle de la patria potestad.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Como consta acreditado también el incumplimiento del ahora apelante de sus deberes inherentes a la patria potestad de la propia exploración de los menores practicada en la instancia en la que ambos son contestes en manifestar que no mantienen ninguna relación con su padre desde hace años (tres o cuatro años según dijo Bernardo, y desde que tenía 5 años según Fair), no manteniendo ningún contacto personal ni telefónico con él, y si a dicha falta de relación con los menores, incluso de un mínimo interés manifestado en ello como se infiere en que no obstante llevar tiempo sin visitarlos se firmó por los ahora litigantes un convenio regulador de los efectos de divorcio en el que se estipulaba un régimen de visitas, y sin embargo, siguió haciendo dejación de sus deberes para con sus hijos de una manera contumaz, se aúna que tampoco ha pagado pensión alimenticia alguna ni antes ni después, ello evidencia una conducta merecedora de sanción, no obstante ser fácilmente corregible lo concerniente a la pensión alimenticia mediante su exigencia a través del procedimiento de ejecución de sentencia correspondiente, aún la mayor o menor dificultad para averiguar bienes del obligado al pago de la misma con los que poder hacerla efectiva, y, unido a la antedicha contumacia del ahora apelante en el incumplimiento del régimen de visitas, debe considerarse como de entidad tal que aconseja la privación de la potestad del padre sobre los hijos, lo que no hace sino legalizar una situación de hecho que se viene dando desde hace al menos cuatro años en que el padre se ha desentendido del ejercicio de la misma y ha venido siendo ejercida en exclusiva por la madre, sin que, dada la actitud del recurrente, parezca aconsejable que en estos momentos se vea interferida por su ejercicio también por el padre que, incluso, puede entenderse que pudiera ser perjudicial para los hijos que no muestran el más mínimo interés en relacionarse con él, y ello teniendo en cuenta, además, a los

efectos que ahora importa, que dicha medida, que ha de adoptarse en beneficio e interés del menor, no supone una sanción indefinida como se deriva de que el propio artículo 136.2 del Código de Familia prevé que «la autoridad judicial debe acordar, en beneficio e interés de los hijos, la recuperación de la titularidad de la potestad cuando haya cesado la causa que había motivado su privación», empleando en dicho apartado relativo a la recuperación de la patria potestad la forma imperativa «debe» al contrario de la facultativa «pueden» empleada en el apartado 1. referente a la privación de la potestad, lo que supone, como señala la jurisprudencia que «la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persistencia de la causa que la motivó.» (STS de 12 de julio de 2004), cuyas causas de incumplimiento de régimen de visitas e impago de la pensión alimenticia debe considerarse, por lo que queda dicho en cuanto a la contumaz conducta del padre, de entidad tal que ha de conllevar la privación de la patria potestad, por cuanto, también como dice la jurisprudencia, «con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses.» (STS de 24 de abril de 2000), por lo que, en definitiva, procede la desestimación del recurso de apelación, tanto en lo relativo a la pretensión de que se acuerde la patria potestad compartida como respecto al establecimiento de un régimen de visitas.

PATRIA POTESTAD

Habiendo manifestado el padre en el interrogatorio no mantener con el hijo ningún tipo de relación, sin que desde la ruptura de la pareja lo hubiese visitado, ni prestado ningún tipo de ayuda económica, no importándole dónde vivía su hijo, si acudía a una guardería, y que tan sólo, si no tenía otro remedio, contribuiría económicamente a su sustento, procede privarle de la patria potestad.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En el caso enjuiciado las pruebas practicadas en la primera instancia, en el proceso declarativo verbal, sobre materia del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y pensión de alimentos, en relación a menor de edad nacido de una relación extramatrimonial, han constatado que desde el 15 de abril de 2004, en cuyo momento histórico cesó la relación de pareja, el progenitor del hijo común José Pedro, nacido el 19 de julio de 2003, se ha desentendido de los deberes que le competen respecto al menor, incumpliendo en forma grave las funciones inherentes a la patria potestad, ya explicitadas, despreocupándose de prestar alimentos a su descendiente, de tenerle bajo su compañía y de velar por sus intereses.

El demandado adoptó una situación de rebeldía procesal, si bien fue interrogado en el acto de las medidas cautelares o provisionales celebrado en fecha 17 de noviembre de 2005, en donde sorprendentemente expresó su total desinterés para con su hijo José Pedro, manifestando no mantener con el mismo ningún tipo de relación, sin que desde la ruptura de la pareja lo hubiese visitado, ni prestado ningún tipo de ayuda económica. Explicitó no importarle dónde vivía su hijo, si acudía a una guardería, y que tan sólo, si no tenía otro remedio, contribuiría económicamente a su sustento.

Tal actitud del demandado, también reflejada en el informe psicológico emitido por el Equipo de Asesoramiento Técnico Civil del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, en donde

se desprende una conducta poco empática hacia las necesidades del hijo, siendo imprescindible una mayor implicación al objeto de facilitar la perduración de la figura paterna, determina que sea procedente declarar la privación de la patria potestad, tutelando así los intereses del menor, ante el incumplimiento grave y reiterado de las funciones inherentes a la misma, sin perjuicio de mantener, no obstante, el régimen de visitas señalado en forma restringida en el Punt de Trobada, en el horario determinado, y con seguimiento por parte del SATAV, que deberá emitir los informes en los plazos especificados.

Con el mantenimiento de tal régimen de visitas, siquiera en forma limitada, se favorece un cambio de actitud del progenitor frente a su hijo, con la consecuencia de que pueda comunicarse con el mismo y así desarrollar una relación afectiva entre ambos, que unido al cumplimiento de la obligación alimenticia señalada, pueda determinar, en un futuro, y a instancia de parte, la recuperación de la patria potestad y la ampliación del régimen de comunicación paterno-filial, todo ello en sede del proceso de modificación de medidas, mediante el pertinente proceso declarativo verbal, mas sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse también, en fase de ejecución de sentencia, en la que es factible decretar al amparo del artículo 158 del Código Civil o artículo 134 del Código de Familia de Cataluña, las medidas que se consideren favorables al interés del menor, o tendentes a la evitación al mismo de un perjuicio de carácter grave.

GUARDA Y CUSTODIA

El cambio de residencia de la madre al lugar en que viven padre e hija supone una alteración sustancial de las circunstancias que en su día se tuvieron en cuenta para otorgar la custodia al padre, pero no por ello procede acceder al cambio de custodia instado por la madre: ante todo ha de primar el beneficio de la menor, que consta que se encuentra perfectamente integrada en el núcleo familiar que forma con su padre y abuela, concluyendo los informes técnicos la conveniencia de mantener la actual guarda. Sí procede ampliar el régimen de visitas materno-filial. Presupuestos generales para la modificación de medidas.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Juana Calderón Martín

La sentencia apelada estima en parte la demanda de modificación de medidas presentada por Encarna frente a Daniel, acordándose en su parte dispositiva una ampliación del régimen de visitas de la madre respecto de la hija menor del matrimonio, pero rechaza el resto de las pretensiones de la demandante, que se referían al cambio de la custodia de dicha menor, atribución del uso de la vivienda familiar y pensión de alimentos con cargo al padre.

Insiste la madre en esta alzada en que las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se dictó la sentencia de separación, y que, entonces, llevaron al Juez sentenciador a atribuir la custodia de la menor y el uso de la vivienda al padre, han cambiado, pues ahora la madre ha regresado de Jaén, donde se marchó a trabajar tras la ruptura conyugal, a Santa Amalia, de modo que ahora puede hacerse cargo de su hija en el lugar donde la misma viene desarrollando su vida y actividades habituales; añade que el padre no atiende bien a sus necesidades, así como que la niña también manifiesta su preferencia por pasar a convivir con ella. El padre solicita la confirmación de la sentencia, e insiste en que siempre ha atendido a su hija menor de modo óptimo, así como que la niña está perfectamente adaptada a la convivencia con él y con la abuela materna.

Como es sabido, las medidas adoptadas, judicial o convencionalmente, para regular los efectos de la separación matrimonial, no están afectadas por la santidad de la cosa juzgada y cabe su modificación por cambio de las circunstancias, según dispone el artículo 90 del Código Civil. Ello es así porque por referirse aquéllas a aspectos contingentes, y sobre todo por estar estrictamente ligadas a realidades vivenciales, y por ello cambiantes, no pueden quedar inmóviles e invariables. Puede decirse, en definitiva, que las medidas judicialmente adoptadas

están sometidas a una legal cláusula de actualización dependiente de una variación sustancial de la coyuntura en que fueron acordadas. El presupuesto para el cambio de tales medidas es la alteración sustancial de las circunstancias, lo que exige una ponderación por el juzgador de las concurrentes al tiempo de la adopción de las medidas cuya modificación se pretende y las actuales, pero el concepto de alteración sustancial de las circunstancias, y sobre todo la apreciación de la «sustancialidad», son determinaciones totalmente casuísticas, y aunque cuando la Ley habla de alteración sustancial parece referirse a que ha de ser grave, sin embargo, esa gravedad no se puede entender como supuesto derivado de variaciones extraordinarias e insólitas en las circunstancias, sino como importantes en función de la configuración inicial de las prestaciones, a las que se quiere equilibradas, como demuestra la posibilidad de su nueva aprobación cuando entrañen un grave perjuicio para los cónyuges. Por eso, cuando el mantenimiento de la situación originariamente pactada o adoptada por el Juez suponga la producción de un perjuicio de esa entidad, o al menos no leve para una de las partes, o, en su caso y especialmente, para los hijos menores de edad, se debe considerar que estamos ante la sustancialidad de la alteración que el artículo 90 menciona (SAP Castellón de 5 de enero de 2004).

En este caso, y al versar la modificación pretendida, básicamente, sobre aspectos que afectan de modo fundamental a la hija menor de los litigantes hay que tener en cuenta, primordialmente, si la modificación que se solicita supone un beneficio para la menor, y es el mejor interés de ésta el que habrá que primar frente a cualquiera otro; incluso si, como es el caso, la situación de hecho que en su día justificó el que la niña quedara bajo la guarda y custodia de su padre, cambia, esta sola circunstancia no puede determinar, de manera automática,

una alteración del régimen de guarda pues, insistimos, es el beneficio e interés de la hija el que hay que tener en consideración.

Y, a la vista de la prueba practicada, sobre todo el informe emitido por el Equipo Técnico Psicosocial de los Juzgados de Familia así como la documental aportada por el padre relativa a la situación escolar y médica de la menor y a la atención de su padre a las necesidades básicas de la misma, la Sala no puede sino compartir el criterio de la Juzgadora de instancia, que, atendiendo a las conclusiones expresadas en el mencionado informe psicosocial, concluye que lo más adecuado para la hija de los litigantes es mantener el régimen de custodia y guarda que venía establecido, si bien con una ampliación de las visitas de la madre, lo cual, sin duda favorecerá las necesarias relaciones de la niña con aquélla, relaciones imprescindibles para un mejor desarrollo integral de la menor. Efectivamente, la madre ha pasado ya a residir habitualmente en la localidad de Santa Amalia, de modo que, desde el punto de vista puramente objetivo, podríamos decir que uno de los hechos que se tuvieron en cuenta para otorgar la custodia al padre (que la niña siguiera desarrollando su vida

en el ámbito en que lo había venido haciendo hasta la ruptura del matrimonio) sí habría cambiado; pero también hay que considerar que no fue sólo el hecho de que la madre se trasladara hasta Jaén a trabajar lo que llevó a tal atribución de la custodia, pues de la lectura de la sentencia de separación se desprende que también se tuvo muy en cuenta el hecho de haberse constatado con claridad que el padre podía hacerse cargo de las atenciones de la menor de modo plenamente óptimo y aceptable. Y esta última circunstancia es la que no ha cambiado, y por ello, y dado que la niña se encuentra plenamente integrada en el núcleo familiar que forman su padre, su abuela materna y ella, en el que se le presta de manera satisfactoria la atención que precisa, es por lo que, como concluyen los técnicos, se considera que es más beneficioso para ella mantener la actual situación de guarda, a la que, por lo demás, la niña no se ha opuesto de manera expresa y contundente, pues, aun cuando se constatan en el informe ciertas presiones a la menor por parte del padre, los técnicos que lo han elaborado no concluyen que la niña esté especialmente mediatizada por aquéllas.

GUARDA Y CUSTODIA

Transformación de la custodia simple en custodia compartida al darse las circunstancias idóneas para ello.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Álvarez Seijo

En el presente caso, no ha desconocido el Sr. Juez de instancia los deseos de las menores de alterar la guarda y custodia que ostentaba doña Diana para pasar a residir con don Álvaro, pero como se afirma en la recurrida no podemos ser ajenos a las particulares connotaciones y circunstancias que llevan a ese deseo, y que básicamente se apoyan en el amplio régimen de visitas que *de facto* se venía manteniendo así como la propia mediatización del propio don Álvaro puesta de relieve en los informes psicológicos, así como en la propia actitud de las hijas, que rechazan en general cualquier actividad procedente de su madre alabando por el contrario a su padre.

Ello parece venir dado por el hecho de que don Álvaro siempre participó y sigue participando con sus hijas en las actividades lúdicas y de diversión,

mientras doña Diana lo ha sido en las actividades del hogar, preparación de ropa, comida (las niñas la señalan como buena cocinera) etc.

Tal situación conlleva que sea el padre con quien las hijas pasan sus mejores momentos, que evidentemente son los de ocio, mientras las labores más grises las realiza la madre, quien además al recaer hasta ahora sobre ella la guarda y custodia ha de llevar el peso de la educación en su faceta correctiva (las propias menores señalan en su entrevista psicológica que su madre «se preocupa porque aprendamos, es demasiado exigente»). Todo ello, y habida cuenta como se dijo del amplio régimen de visitas, que determina que don Álvaro esté con sus hijas casi todos los días, aboca a que tampoco doña Diana tenga muchas posibilidades de desarrollar con ellas otras actividades que no sean las de ocu-

parse de las labores domésticas y de las necesidades básicas de sus hijas.

Es patente la capacitación de doña Diana para asumir la guarda y custodia, como lo es la de don Álvaro, quien por su parte no lo niega, como tampoco las propias menores, quienes ven en su madre una persona que se preocupa por su cuidado en general, pendiente de sus necesidades básicas, que se porten bien, que estudien y que tengan una buena educación. Si existen entonces las tensiones que se afirman entre madre e hijas ello viene determinado por las ansias de éstas de ir a vivir con don Álvaro, y ello por las circunstancias antes expuestas.

Si los deseos de las menores pueden tenerse en cuenta, tampoco puede negarse a doña Diana su derecho a seguir desarrollando su atención e incluso la opción de ampliar las facetas educativas, debiendo comprender aquéllas que tan necesario puede ser la labor básicamente de esparcimiento

que desarrolla don Álvaro, quien debería, caso de otorgársele la guarda y custodia, desarrollar precisamente las facetas de las que se ocupa doña Diana, como que ésta pueda a su vez ampliar las facetas que hasta ahora no ha desarrollado. En esta labor de convencimiento y comprensión ha de resultar relevante la posición de don Álvaro.

Así las cosas, y aunque ciertamente la solución de la custodia compartida resulta excepcional y debe ser aplicada con suma prudencia, en el caso que nos ocupa parece ser el sistema menos malo en orden a dirimir la discordia, que además ha sido sugerido por el equipo psico-social adscrito a los Juzgados de Avilés, y evidentemente, por todo lo expuesto en la sentencia recurrida y reiterado en la presente resolución, el más adecuado en orden a preservar el interés de las menores objetivamente considerado, y que no tiene por qué coincidir con su propio interés, máxime dada la situación según ha sido analizada.

GUARDA Y CUSTODIA

Se atribuye al padre la guarda y custodia de la hija, pues desde la separación de hecho ha vivido con él, y además, dada su edad (16 años), es preciso tener en cuenta su voluntad y decisión de seguir con el padre, que es avalada por el Equipo Psico-Social.

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Alonso-Mañero Pardal

Doña Concepción interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en los autos matrimoniales de divorcio seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid, dirigiendo su impugnación a diversos pronunciamientos efectuados en la misma, cuales son la atribución de la guarda y custodia de la hija del matrimonio efectuada al demandado, Sr. Juan Ignacio.

Un orden expositivo lógico exige examinar en primer lugar la decisión de otorgar la guarda y custodia de la hija del matrimonio a don Juan Ignacio, decisión que impugna la apelante interesando le sea confiada a ella dicha guarda y custodia. El argumento que se utiliza en el recurso para fundamentar dicha petición es, tan sólo, la decla-

ración de un perito en la vista que considera no eran auténticos los intentos de suicidio de don Juan Ignacio, y que su finalidad era meramente manipuladora para mantener con él a su hija Melodía. Con independencia de los sucesos indicados, lo cierto es que la situación actual aconseja que se mantenga el estado de las cosas, pues desde la separación de hecho del matrimonio la menor ha convivido con su padre, desea seguir con él y dada su edad es preciso tener en cuenta su voluntad y decisión adoptada, y además en iguales términos se pronuncia el equipo psico-social del Juzgado de Familia manifestando rotundamente que lo más aconsejable y beneficioso para Melodía es que se atribuya al padre su guarda y custodia.

GUARDA Y CUSTODIA

Si bien en el convenio regulador se fijó la custodia compartida, posteriormente la madre se trasladó durante dos años a vivir a Italia, regresando posteriormente a Mallorca, habiendo permanecido el menor durante ese tiempo con el padre, por lo que es procedente atribuir al padre la custodia.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Mariano Zaforteza Fortuny

Se constata que los contendientes suscribieron en fecha 5 de diciembre de 2001 un convenio en el que acordaban que la guarda y custodia sería compartida entre ambos progenitores, de modo que cada uno de ellos conviviría con Juan Manuel en trimestres alternos, al tiempo que se fijaba un régimen de visitas para el progenitor que no estuviera con el niño, habiendo sido aprobado dicho convenio judicialmente, si bien posteriormente la demandada se trasladó a vivir a Italia durante unos dos años, en cuyo período el menor quedó en compañía de su padre, aunque la madre se trasladó en distintas ocasiones a Mallorca para estar con el niño y también Juan Manuel se desplazó a Italia varias veces para visitar a su madre, hasta que ésta regresó a Mallorca entrado ya el año 2004. Las pruebas testificales practicadas en la alzada (concretamente, las declaraciones de dos maestras y el director del colegio al que acudía el niño) han acreditado que el padre ha atendido adecuadamente al menor y se ha interesado por él, mientras que la psicóloga doña Verónica informó que el padre educaba correctamente al niño y que entre ambos había unas buenas relaciones, en tanto que la psicóloga doña Marisol dictaminó acerca de los problemas que presenta el menor en su adaptación a la situación actual, detallando las ventajas significativas que presentaría la custodia materna respecto a la paterna así como la necesidad de que el niño se relacione más con su madre, cabiendo añadir que la psicóloga doña Teresa —que no pudo evaluar al menor y al padre— informó ante el Juzgado *a quo* que la madre está

capacitada para mantener la guarda y custodia de su hijo. Calibrando en conjunto todas esas circunstancias, esta Sala entiende, como la Juez de primera instancia, que, por un lado, el padre se hizo cargo del hijo durante todo el tiempo en que la madre residió en Italia sin que conste que ello hubiera sido perjudicial para el menor, y que, por otro lado, es lógico que el niño necesite una relación y contacto frecuente con la madre. Con base en todo ello, parece lo más adecuado para este Tribunal que sea el padre quien ostente la guarda y custodia del menor, de manera que éste continúe pernoctando con él como en los últimos años y que no se modifique esta situación estable que se ha revelado como beneficiosa para el niño durante tanto tiempo, si bien se establecerá un régimen de visitas muy amplio en favor de la madre, lo que parece de todo punto positivo para el interés que debe prevalecer, que es el del niño. Consecuentemente, se ha de otorgar al señor Luis Alberto la guarda y custodia de Juan Manuel, si bien éste estará en compañía de su madre dos tardes a la semana, martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas o, si el día no fuere lectivo, desde las 15 hasta las 20 horas, además de los fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. En este sentido, han de ser estimados parcialmente la demanda y el recurso de apelación, modificando el apartado primero del fallo de la sentencia recurrida y manteniendo lo acordado en el apartado segundo del mismo.

RÉGIMEN DE VISITAS

Es adecuado al beneficio del menor la fijación de un régimen de visitas progresivo, que se articula en tres tramos: 1) hasta que cumpla 2 años; 2) de 2 a 4 años y 3) a partir de los 4 años. No puede prosperar la petición de la madre que, alegando que desde que el menor nació no ha convivido con el padre, pretende una mayor restricción (hasta los 5 años sin pernocta), pues contribuiría a que el menor viera al padre como un extraño. El principio del *favor filii* exige una adecuada relación del menor con cada uno de sus progenitores.

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Paumard Collado

Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 9 de Badajoz, por el mismo se dictó Sentencia con fecha 13 de febrero de 2006, cuya parte dispositiva dice:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Sra. Martín Castizo en nombre y representación de doña Camila frente a don Eugenio debo adoptar como medidas que habrán de regir entre las partes en relación al hijo común, las siguientes:

A. Se atribuye al guarda y custodia del menor a la madre.

B. Como régimen de visitas a favor de padre, y en caso de discrepancia, se establece el siguiente:

1. Hasta que el menor cumpla 2 años el padre podrá visitar al menor los martes y jueves de 18:00 a 20:00 horas, así como los fines de semana alternos sábado y domingo de 18:00 a 21:00 horas.

En cuanto a las fiestas Navideñas, el padre podrá tener consigo a su hijo uno de los tres días festivos (navidad, años nuevo o día de Reyes) de 11 a 20 horas.

2. Una vez cumpla el menor 2 años y hasta que cuente con 4 años de edad el padre podrá recoger al menor los martes y jueves de 17 a 20 horas.

Asimismo podrá disfrutar de su hijo los fines de semana alternos, recogiénolo sábados a las 10 reintegrándolo a las 20 horas.

En cuanto a las fiestas navideñas, en este período, podrá el padre tener consigo a su hijo desde el día 22 hasta el 31 de diciembre, ambos incluidos, en los años impares; así como desde el 31 de diciembre al 7 de enero, ambos incluidos, en los pares.

De la misma forma, en las fiestas de Semana Santa, podrá estar en compañía de su hijo desde el Viernes anterior al Domingo de Ramos hasta el Jueves Santo, incluido éste, en los años pares,

y desde el Viernes de Dolores hasta el Miércoles siguiente, ambos inclusive, en los impares.

Igualmente en las vacaciones de verano podrá disfrutar del menor durante las primeras quincenas del mes de julio y agosto, respectivamente, en los años impares y durante las segundas, en los pares.

Hasta este momento las entregas y recogidas del menor se efectuarán a través del punto de encuentro. A partir de este momento las entregas y recogidas del menor se llevarán a cabo o bien a través del mismo sistema o mediante el que acuerden las partes.

3. A partir de que el menor cumpla los 4 años, el padre podrá recoger al menor martes y jueves de 17 a 20 horas.

En cuanto los fines de semana, podrá disfrutar los alternos, desde el viernes a las 21 horas hasta el domingo a las 20 horas que será reintegrado en el domicilio materno.

Respecto al período de vacaciones regirá lo mismo que lo previsto en el período anterior.

En los cumpleaños del menor, el padre podrá disfrutar de su compañía desde las 18 hasta las 20 horas.

Estará igualmente con su hijo menor el día de la festividad del padre, desde las 18 hasta la 20 horas. Asimismo, siempre y en todo caso el día de la madre lo pasará con la madre, debiéndolo reintegrar el padre el sábado anterior a las 22 horas, caso de que dicho fin de semana estuviera en compañía de su padre.

De la misma manera el día del cumpleaños del padre lo pasará con éste, mientras que el del cumpleaños de la madre, los pasará siempre con ella.

Lo dispuesto en los tres últimos párrafos se aplicará en todo caso e independientemente de la edad del menor, y del progenitor que lo tenga en el período que en ese momento le corresponda.

El recurso que se examina no puede prosperar, habida cuenta de que las razones que la recurrente aporta para favorecer su tesis de restricción del régimen de visitas del progenitor no custodio, a saber, la edad del menor y la falta de convivencia de los progenitores entre sí, de tal forma que, desde que el menor –Blas– nació –7 de marzo de 2004–, ha convivido con su madre, no revisten la suficiente trascendencia como para fundamentar un régimen de visitas tan restringido como el que se propone por la apelante –hasta los cinco años, revocación del régimen señalado en la sentencia de instancia, en su totalidad; y, a partir de los cinco años, ampliación del régimen dependiendo de las recomendaciones del punto de encuentro o del Equipo Técnico, pero, en todo caso, sin que el menor llegue a pernoctar con el padre.

Y es que, en efecto, de acogerse, en sus propios términos, la propuesta de la recurrente, se estaría desconociendo el principio rector en toda esta materia del *favor filii*, porque se estaría imposibilitando unas relaciones fluidas del menor con uno de sus progenitores, haciendo que cada vez que

se ejercitara aquel derecho de visitas, se generase inquietud en el menor, contribuyendo a que éste observara al padre como un extraño; peligros que se solventarían respetando el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, con arreglo al cual, en principio, no tendría el menor que observar, en ninguno de sus progenitores, un extraño, al tratarse de un régimen fluido, frecuente y duradero.

Siendo, por tanto, evidente que un más completo y armonioso desarrollo emocional y de la personalidad del menor, exige una adecuada relación del hijo con cada uno de sus progenitores, lo que va ínsito, como se decía, en el principio del *favor filii*, es por ello que, con amparo en los artículos 92, 94 y 154 del CC, y 39.3 de la Constitución, debe favorecerse la relación entre el progenitor no custodio y el hijo, como manera de favorecer el desarrollo y formación integral del menor, máxime cuando no se acredita un peligro real y concreto para la salud física, psíquica o moral del mencionado menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

La conflictividad existente entre las partes justifica la fijación de un régimen de visitas a favor de los abuelos consistente en el primer sábado de cada mes desde las 10 horas hasta las 20 horas, debiendo realizarse las entregas y recogidas en el Punto de Encuentro Familiar.

AP HUESCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Ochoa Hortelano

La representación de la apelante interesa que se revoque la sentencia de instancia en cuanto al régimen de visitas que en ella se establece, interesando a través del recurso de apelación interpuesto que aquéllas se realicen en su presencia y durante un horario más reducido y que la niña sea recogida en su domicilio y no en el punto de encuentro de Huesca. El recurso no puede prosperar por las mismas razones que ya tiene expuestas el Juzgado, anteriormente aceptadas y dadas por reproducidas en esta ocasión procesal, en la que ningún sentido tendría repetir las acertadas consideraciones que el Juzgado ya tiene expuestas en las que se atiende a las circunstancias concretas que concurren en el caso donde se aprecia una difícil relación entre las partes, como ellas mismas reconocen, que pudo constatar la juzgadora de instancia y que hemos apreciado tras el visionado de la grabación de la vista oral. El trato con sus abuelos resulta favorable

para la menor y debe ser ejercido sin injerencias o complicaciones por lo que las medidas que se adoptan atienden a su propio beneficio, que es el que debe prevalecer sobre otros intereses. Por ello, estimamos acertada la decisión de que la menor, nieta de los demandantes no esté expuesta a presenciar las desavenencias o conflictos que puedan surgir entre los abuelos y su madre por lo que consideramos, como ha señalado el juzgador de instancia, que no existe causa que justifique la restricción del sistema de comunicación establecido en la resolución apelada. Constando además que el marido no ejerce su régimen de visitas, como manifestó en la vista oral, no creemos que se produzca ningún perjuicio para los progenitores. El esfuerzo que puede representar el traslado de ambas partes a Huesca una vez por mes para entregar a la niña en el punto de encuentro y recogerla compensa el beneficio que puede proporcionar a la misma al poder rela-

cionarse con sus abuelos. Todo ello, en cualquier caso, debe entenderse sin perjuicio de que las partes, de común acuerdo y siempre en beneficio de

la menor, puedan estipular una variación de dicho régimen de visitas que no implique que la menor presencia actitudes no deseables.

VIVIENDA FAMILIAR

No existiendo hijos, y siendo el de la esposa el interés más necesitado de protección, se le concede el uso de la vivienda familiar sólo durante el plazo de 8 meses, al tratarse de una vivienda privativa del esposo: el artículo 96 CC impone la fijación de un plazo cuando se atribuye el uso al cónyuge no titular. No puede otorgarse indefinidamente, ni condicionarlo a que la esposa consiga una nueva vivienda en propiedad; tampoco incide en tal decisión el hecho de que el esposo tenga otra vivienda.

AP BALEARES, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Roselló Llaneras

La sentencia de instancia que decreta la disolución por divorcio del matrimonio que une a los litigantes y acuerda atribuir a la esposa el uso del domicilio conyugal, propiedad del marido, por plazo de ocho meses a contar de la fecha de la misma, es recurrida en apelación por la esposa demandante insistiendo que la atribución del que fuera domicilio conyugal debe prolongarse durante el tiempo que la recurrente presente el interés más necesitado de protección.

El artículo 96 de Código Civil regula la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar distinguiendo entre los supuestos en que el matrimonio que se anula, separa o divorcia, tenga hijos menores o incapacitados bajo la potestad y guarda de uno de los cónyuges, y los casos en que el matrimonio carezca de hijos o los que tenga no se encuentren bajo su patria potestad. Dispone al efecto el expresado precepto que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieren aconsejable y su interés fuere el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consenti-

miento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial. Así por tanto si no hay hijos, en principio, la vivienda es para el titular. La expresión podrá acordarse, cuando se refiere al no titular, indica bien a las claras que no es obligatorio y sólo es una facultad que tiene el juez cuando, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Ahora bien, si se deja el uso de la vivienda familiar al no titular, lo es temporalmente, única y exclusivamente por el tiempo que prudencialmente se fije, supuesto que concurre en el caso de autos, en el que el inmueble controvertido aparece inscrito a nombre del esposo, no existen hijos y el interés más necesitado de protección es el de la esposa, razón por la cual le atribuye el uso del domicilio conyugal por el plazo de ocho meses, aplicando con toda corrección dicha norma, por lo que mal cabe atribuirle, como pretende la recurrente, error en la valoración de la prueba al no considerar que su interés es el más necesitado de protección, siendo que el plazo del uso debe necesariamente ser fijado al pertenecer la vivienda al esposo, lo que impide que lo sea indefinidamente como pretende la recurrente sin combatir la insuficiencia del mismo. Señalar, por último, que el hecho que el esposo sea propietario de unos terrenos en el término de Buynola sobre los que ha construido una vivienda, incida en la decisión que, legalmente, se circunscribe a la vivienda familiar y objetos de uso ordinario en ella, así como tampoco que la esposa tenga que conseguir una vivienda en propiedad, como se alega en el recurso. Se desestima el recurso y se confirma la sentencia por sus propios fundamentos.

VIVIENDA FAMILIAR

Procede denegar la atribución de dicho uso de forma compartida y periódica, cual solicita el recurrente, ya que la mera situación de conflicto familiar, patentizada en el presente proceso, hace desaconsejable la cuasi-convivencia que pudiera derivarse de tal uso del inmueble, por demás molesto y originador, sin duda, de mayores enfrentamientos entre ambos.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Marina De La Cruz Muñoz Acero

Respecto a la primera de las cuestiones promovidas, referida al uso de la vivienda familiar, es de decir, en primer lugar, que procede denegar la atribución de dicho uso de forma compartida y periódica, cual solicita el recurrente, ya que la mera situación de conflicto familiar patentizada en el presente proceso, hace desaconsejable la cuasi-convivencia que pudiera derivarse de tal uso del inmueble, por demás molesto y originador, sin duda, de mayores enfrentamientos entre ambos, por lo que procede mantener la atribución de su uso con carácter exclusivo a la esposa, por ser, sin duda, el interés más necesitado de protección en el presente caso, al ser el cónyuge que no goza de trabajo, al menos con estabilidad, y con el que queda habitando el hijo del matrimonio, aun no independiente ni familiar ni económicamente, puesto que el artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda conyugal y de los objetos de uso diario en ella, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, y, como criterio subsidiario, le atribuye a favor del cónyuge cuyo interés esté más necesitado de protección, cual se desprende, asimismo, del artículo 103.2.º CC; debiéndose, además, reseñar que, como tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el derecho de tal uso de la vivienda común, concedida a uno de los cónyuges en el proceso de separación, no tiene, en sí mismo considerado, naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda esté arrendada y por tanto no pertenece a ninguno de los cónyuges, si bien su atribución a uno de ellos es de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes*, aunque limitado también a que subsista la ocupación durante el tiempo que disponga la sentencia de separación, y que, en el presente

caso, no puede establecerse apriorísticamente en el período de un año, cual postula el recurrente con carácter subsidiario, dadas las circunstancias personales del hijo que queda en compañía de la madre, y que aún cursa 4.º ESO, por lo que es de prever que todavía tiene por delante una larga y necesaria preparación de formación profesional, aún sin definir realmente, hasta que pueda alcanzar dicha autonomía económica e independencia familiar que la experiencia común demuestra que, además, tras la finalización de los estudios, cualquiera que sea el nivel de los mismos, requiere un cierto tiempo para poder acceder al mercado laboral, y que lógicamente, aunque no lo diga la parte dispositiva de la sentencia apelada, por resultar ello superfluo e innecesario, será la situación (entendida ésta dentro de los límites de edad normales) que ponga fin al referido uso, habida cuenta que se trata de una vivienda de naturaleza ganancial y habrá de procederse, por tanto —una vez que haya cesado dicha necesidad de proteger el interés de las madre e hijo que quedan, tras la separación, como decimos, residiendo en la misma— a liquidar dicha sociedad de gananciales, de acuerdo con los artículos 400, 1051, 1392 y 96 CC, lo que no impide, claro es, que si, en cualquier momento, se demuestra la infrutilización por la esposa del domicilio conyugal, porque residiera por ejemplo en otro distinto de su pertenencia, cual propugna el esposo, (lo que, por otra parte, no consta esté en condiciones de hacer, amén de no ser ello determinante a efectos de lo dispuesto en el artículo 96 CC, para que se continúe atribuyendo la vivienda a la misma) pueda instarse la modificación de tal medida y, consecuentemente, extinguirse el derecho de uso cuestionado.

VIVIENDA FAMILIAR

Si la guarda y custodia de los menores se ha atribuido al padre, de conformidad al artículo 96 CC el uso de la vivienda familiar se ha de atribuir a los hijos y al padre, siendo absolutamente indiferente que los cónyuges tengan o no un importante patrimonio inmobiliario y varias viviendas, así como que el padre no haya solicitado dicho uso, pues al afectar a menores el Juez pueda adoptar dicha medida de oficio. La aplicación del artículo 96 CC es imperativa, salvo la existencia de previo acuerdo judicialmente aprobado: se trata de un derecho de los hijos que alcanza al cónyuge en cuya compañía quedan.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio M.ª González Floriano

Don Miguel Ángel, invoca, como primer motivo de su Recurso, la infracción de precepto legal por inaplicación del artículo 96 del Código Civil respecto de la atribución del uso del domicilio familiar, aseverando la indicada parte que el domicilio familiar sito en la CALLE000, número NÚM000, NÚM001NÚM002 de Cáceres, debería de serle asignado ya que es el progenitor a cuyo cuidado quedarán los hijos habidos en el matrimonio. Puede ya anticiparse que el motivo ha de ser necesariamente acogido por cuanto que las razones expuestas, en este sentido, por el Juzgado de instancia en el inciso final del último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia recurrida resultan radicalmente inadmisibles, extremo este de la expresada Resolución que es el único con el que discrepa este Tribunal. A los efectos de la atribución del uso del domicilio familiar es absolutamente indiferente el que los cónyuges tuvieran o no un importante patrimonio inmobiliario y varias viviendas en la ciudad de Cáceres, como también resulta irrelevante si el cónyuge al cuidado del cual quedan los hijos solicitó o no tal atribución en su correspondiente Escrito Expositivo, dado que esta medida, en cuanto afecta a los hijos menores, puede adoptarse de oficio por el Órgano Jurisdiccional; y, en este sentido, el primer párrafo del artículo 96 del Código Civil resulta categórico cuando, literalmente, establece que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en

cuya compañía queden»; luego se trata de un derecho de los hijos que alcanza al cónyuge en cuya compañía queden, sólo limitado por la existencia de un acuerdo previo judicialmente aprobado, que falta, indudablemente, en el presente caso. Luego, si la guarda y custodia sobre los hijos menores habidos en el matrimonio se ha atribuido al padre, habrá de ser a los hijos y a don Miguel Ángel –cónyuge en cuya compañía quedan los mismos– a quienes se adjudique el uso de la vivienda familiar conforme dispone el artículo 96 del Código Civil, precepto cuya aplicación es imperativa salvo –insistimos– la existencia de previo acuerdo judicialmente aprobado. Por tanto y en la medida en que el Juez de instancia, en la Sentencia recurrida, ha omitido toda decisión sobre la atribución del uso del domicilio familiar, dicha omisión habrá de ser integrada adicionando, a las medidas adoptadas en el Fallo de la misma, la siguiente: se atribuye a los hijos habidos en el matrimonio, Miguel Ángel y Plácido, y a don Miguel Ángel –cónyuge en cuya compañía quedan– el uso de la vivienda familiar, sita en la CALLE000, número NÚM000, NÚM001NÚM002, de Cáceres, así como el de los muebles, enseres y objetos de uso ordinario existentes en ella, respecto de los que se realizará el correspondiente inventario, domicilio que abandonará dona Frida junto con los objetos de su uso exclusivamente personal, igualmente previo inventario.

VIVIENDA FAMILIAR

Siendo la vivienda familiar un edificio que consta de dos plantas independientes, separadas y con entrada autónoma, se atribuye el uso del primer piso a la esposa y el de la planta baja al esposo, al encontrarse desocupada. No es obstáculo para ello el hecho de que exista un solo contador de suministros, pues se puede repartir el coste de consumos o instalarse contadores independientes. No hay razón que justifique privar al marido de tal uso, que le implicaría un gravamen desproporcionado al obligarlo a alquilar otra vivienda.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Nuria Zamora Pérez

Considera improcedente que se le atribuya al exmarido el uso de la vivienda ubicada en la planta baja del edificio en el que se sitúa la vivienda familiar que le ha sido asignada a ella, motivo de apelación que ha de ser rechazado.

Según queda acreditado en autos, los litigantes son propietarios de un edificio de dos plantas, susceptibles de aprovechamiento independiente, ya que están separadas y además gozan de entrada autónoma. Una es la planta baja y la otra es el primer piso o planta superior donde se ubica la vivienda familiar. A raíz de las discrepancias surgidas entre ambos litigantes que han desembocado en el presente proceso de divorcio, el marido salió del domicilio familiar y tuvo que alquilar otra vivienda, con el detrimento económico que ello le supone, de especial relevancia si tenemos en cuenta sus ingresos. En esas circunstancias, y dado que el

edificio de los litigantes tiene dos viviendas, de su propiedad, que una de ellas está desocupada y que no hay una razón que justifique el privar al exmarido de su uso, se estima una medida equitativa y ajustada a derecho el mantener la atribución de la sentencia recurrida. Asignación que no debe verse obstaculizada por el hecho de que haya un sólo contador de suministros en la vivienda, pues que el reparto del coste de los consumos puede realizarse a partes iguales, o bien puede solventarse mediante la instalación de contadores independientes, o por cualquier otro mecanismo que las parte consideren adecuado, pero no adoptando una solución tan drástica como la que propugna la apelante, solución que implicaría un gravamen desproporcionado para el otro litigante y que ningún beneficio le reporta a ella.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Procede eximir al padre de la obligación de pagar la pensión de alimentos de la hija mayor de edad, en los meses que ésta tenga trabajo con una retribución superior al salario mínimo o cobre paro.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García

No ha de ser acogido el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado. El actor solicita la modificación de la medida consistente en contribución al levantamiento de las cargas familiares, que los cónyuges en convenio regulador pactaron fuera a su cargo y por cuantía de trescientos cincuenta euros mensuales para los dos hijos del matrimonio, con las actualizaciones correspon-

dientes al comienzo de cada año conforme a las variaciones experimentadas por los índices de precios de consumo –por todos, folio 10 de las actuaciones–, y ahora, habiendo conseguido un puesto de trabajo una hija, interesa aquél su reducción por considerarla innecesaria. La Sentencia del Juzgado acoge dicha pretensión, y modifica el convenio regulador en aquel extremo concreto, disponiendo

la cuantía de la medida en ciento setenta y cinco euros, con las actualizaciones correspondientes, que obviamente se han de entender inicialmente referidas al año de formalización del convenio, que fue en veinticuatro de abril de dos mil uno, por lo que la cantidad que deberá satisfacerse en la actualidad es la mitad de la cantidad que se viene percibiendo en la actualidad, tal como la demandada pretende, que es la suma que el actor al parecer viene satisfaciendo, sin que por tal motivo sufra disminución la cantidad actualmente percibida, que ha de ser igual a la anterior, salvedad hecha de

la parte correspondiente a la otra hija que tiene un puesto de trabajo mientras continúe desempeñándolo, que es solución por lo demás de todo punto ajustada a Derecho, pues acreditada la percepción de esos ingresos, la obligación del padre de prestar alimentos a la hija ha de cesar en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 146 y siguientes y 152.3 del Código Civil al resultar ya innecesaria, y los problemas de comunicación que pudieran existir entre los cónyuges no pueden afectar a tan justa determinación, ni es modificación que atente al principio de seguridad jurídica.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Si se observa la certificación de la Tesorería de la Seguridad Social se aprecia que el hijo de 36 años de edad, aunque es cierto que hace tiempo inició su vida laboral, por un lado sus limitaciones (visión e inteligencia límite) y, por otro, la precariedad de su empleo están poniendo de evidencia la existencia de un estado de necesidad que precisa, cuando menos en un determinado grado, de ayuda económica.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Barral Díaz

El segundo motivo se refiere a la falta de necesidad o, en todo caso, que ésta ha sido provocada por la actitud descuidada o falta de aplicación del hijo que reclama los alimentos.

No existe en autos la más mínima prueba de tal falta de aplicación, porque si se observa la certificación de la Tesorería de la Seguridad Social se aprecia que el hijo, aunque cierto que hace tiempo inició su vida laboral, por un lado sus limitaciones (visión e inteligencia límite) y, por otro, la precariedad de su empleo están poniendo de evidencia la existencia de un estado de necesidad que precisa, cuando menos en un determinado grado, de ayuda económica. Cierto que tiene actualmente unos 36 años de edad y que comenzó a trabajar en 1988, pero ni la edad supone para el Código Civil un motivo que impida o extinga la obligación de dar alimentos, pues es la necesidad el motivo de la

misma, ni tal dato anula el hecho demostrado que desde 1996 su real vida laboral se limita a desempeñar un trabajo durante muy pocos días al año, hasta el punto que en el año 2004 solamente trabajó cinco meses y en 2005 diez días. El que todo ello sea debido a su falta de aplicación no quedó demostrado, salvo por mera alegación del padre.

Frente a tal situación se alza la del padre, que percibe mensualmente un promedio de 1.465,33 euros de pensión de jubilación (1.256,69 en catorce pagas), a lo que debe añadirse 500 euros más por el alquiler de un local. En total suponen 1.965,33 euros (unas 327.000 ptas.), por lo que la Sala considera muy moderada la cantidad de cien euros fijados en la sentencia que se apela y ello aun cuando existan préstamos obtenidos por el padre que, obviamente, tiene que ir abonando, pero la causa de dichos préstamos se ignora.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No cabe considerar en segunda instancia el hecho nuevo de que al padre se le ha reconocido la situación de incapacidad permanente total, dado que no se ha interesado en la alzada la incorporación de los documentos que se adjuntan al recurso de apelación, ni se ha justificado la procedencia de su admisión en ninguno de los supuestos tasados en el artículo 460 LEC. No obstante, dicha incapacidad para el trabajo habitual es compatible con la realización de otras actividades remuneradas y la prestación es también compatible con salarios procedentes de las mismas (artículos 137 y 141 LGSS).

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Menéndez Estébanez

Dictada sentencia en la instancia estableciendo la filiación paterna del menor a cargo del demandado y recurrente ya no se cuestiona la filiación paterna sino, únicamente, la cuantía de la pensión de alimentos fijada en favor del hijo al entender que, de la prueba practicada, no debe superar en ningún caso la cantidad de 100 euros. Funda su pretensión impugnatoria en la insuficiencia de recursos económicos, especialmente al haberse declarado la incapacidad permanente total del recurrente.

Lo que pretende la parte es una valoración diferente a la realizada por la juzgadora de instancia de las circunstancias económicas del recurrente. El motivo no puede prosperar totalmente.

Resulta debidamente acreditado que el recurrente al tiempo de interposición de la demanda y durante la tramitación del procedimiento percibe una nómina aproximadamente de 600 euros, según reconoce el propio recurrente en el acto del juicio, así como que además tiene otros ingresos, no cuantificados con claridad, realizando trabajos extra en hostelería en distintos períodos del año y colaboración con una empresa de servicios.

La sentencia de instancia establece una cantidad de 400 euros mensuales para atender con dignidad las necesidades de un joven de dieciséis años de edad al momento de interponerse la demanda.

No debe olvidarse que el artículo 93 del Código Civil establece que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Y por su parte el artículo 146 del expresado Cuerpo Legal señala los parámetros a tener en cuenta: el caudal o medios de quien los da y

las necesidades de quien los recibe. Forzosamente debe ser reconocido tal derecho en la sentencia dados los imperativos términos del artículo 93 CC, teniendo dicha prestación alimenticia a favor de los hijos naturaleza de orden público, pues constituye, al operar en el ámbito de las relaciones paternofiliales, uno de los deberes fundamentales de la patria potestad.

Ahora bien, valorando las circunstancias económicas antes explicitadas y las necesidades ordinarias de un joven de 16 años, se estima prudente y proporcionado rebajar la pensión por alimentos a la cantidad de 300 euros mensuales.

Bien señala la parte recurrente la dificultad de valorar la nueva situación que plantea referente a la situación de incapacidad permanente total que se ha declarado respecto al mismo con efectos desde el 16 febrero 2006. Por un lado por cuanto es sabido que no cabe el planteamiento en segunda instancia de cuestiones nuevas, debiendo ceñirse el ámbito del recurso de apelación a las pretensiones debidamente formuladas en primera instancia y conforme a las actuaciones y pruebas practicadas ante el mismo (artículo 456.i LEC), sin que pueda valorarse en segunda instancia prueba diferente, salvo la que fuera expresamente admitida en esta alzada conforme al artículo 460 LEC, lo que no ha sido objeto de petición por la parte recurrente dado que no se ha interesado en modo alguno la consideración como prueba documental de los documentos adjuntados al recurso de apelación ni, por lo tanto, se ha justificado la procedencia de su admisión en alguno de los supuestos tasados en el artículo 460 LEC.

En todo caso, y a mayor abundamiento, como mero *obiter dicta* no parece que las circunstancias económicas del recurrente fueran diferentes por cuanto el importe de la pensión reconocida se

acerca al salario tenido en cuenta en la sentencia (557,16 euros), y la incapacidad permanente total para el trabajo habitual es compatible con la realización de otras actividades remuneradas y la pres-

tación también compatible con salarios procedentes de las mismas (artículos 137 y 141 Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No es determinante para fijar la cuantía de la pensión de alimentos, el hecho de que el padre destine más de la mitad de su sueldo al pago de un alquiler, pues podría evitar dicho gasto viviendo en casa de sus padres. Aunque sólo constan unos ingresos del progenitor de unos 600 euros, se fija una pensión de alimentos de 250 euros para dos hijas, pues no ha aclarado el motivo del cierre y las pérdidas del negocio que regentaba, pese a que un testigo ha declarado que tenía bastante gente y parecía un buen negocio.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Menéndez Estébanez

Dictada sentencia en la instancia resolviendo todas las cuestiones controvertidas de carácter personal y patrimonial entre los cónyuges y respecto de éstos en relación a las dos hijas menores de edad, Julieta e Inés, nacidas el 9 de marzo de 1989 y 31 de marzo de 1999 respectivamente, se alza contra la misma la parte demandada exclusivamente contra el pronunciamiento referente a la fijación a su cargo, y en favor de sus hijas, de alimentos por importe de 250 euros mensuales (125 euros por cada una de ellas). Funda su pretensión impugnatoria en que la insuficiencia de recursos económicos (nómina de poco más de 600 euros).

A pesar de la extensión del recurso éste se basa esencialmente en la insuficiencia de recursos y la necesidad de dedicar los mismos a su nueva vida en pareja dado que para ello ha necesitado alquilar una vivienda con una renta superior a la mitad de su salario (320 euros mensuales).

La sentencia de instancia establece una cantidad prudente y proporcionada al caso para atender con dignidad las necesidades de las dos hijas menores.

No debe olvidarse que el artículo 93 del Código Civil establece que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Y por su parte el artículo 146 del expresado Cuerpo Legal señala los parámetros a tener en cuenta: el caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien

los recibe. Forzosamente debe ser reconocido tal derecho en la sentencia dados los imperativos términos del artículo 93 CC, teniendo dicha prestación alimenticia a favor de los hijos naturaleza de orden público, pues constituye, al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, uno de los deberes fundamentales de la patria potestad.

No será la Sala la que polemice sobre los derechos del recurrente, pero no sólo la Ley sino la propia Constitución le imponen una obligación para con sus hijos, el deber de prestar asistencia de todo orden, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (artículo 39.3 CE).

Resulta de tal relevancia la obligación que nos ocupa que, siendo cierta la jurisprudencia menor citada por el recurrente limitando la obligación cuando pueda cuestionarse su propia subsistencia, no es menos cierto que la LEC en su artículo 608 establece la inaplicación de límites al embargo de sueldos y pensiones cuando se trata de satisfacer pronunciamientos de alimentos en sentencias de separación o divorcio.

Es cierto que lo único debidamente acreditado respecto a los recursos económicos del recurrente es el salario de unos 600 euros mensuales. Pero no es menos cierto que no ha quedado debidamente aclarado el motivo del cierre de un negocio de carnicería y las pérdidas del mismo cuando uno de los testigos, doña Beatriz, cliente de la carnicería señala que el recurrente (primo suyo) tenía bastante gente y que parecía un buen negocio.

Pero el motivo fundamental de la desestimación del recurso deriva de que, estimándose prioritaria la obligación paterno-filial, no se comprende cómo el recurrente, pudiendo no tener gasto alguno por vivienda al poder residir en casa de sus padres, procede a gastarse más de la mitad de su sueldo en el alquiler de una vivienda. Importe

del alquiler que además es superior al importe de los alimentos fijados en sentencia. Ese gasto por lo tanto debe considerarse improcedente a efectos de que pueda resultar determinante, como pretende el recurrente, en la fijación de la pensión de alimentos para el mantenimiento y asistencia de sus hijas.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se reduce la pensión de alimentos del hijo pactada en el divorcio, al dejar el padre uno de los dos trabajos que realizaba por estar incurso en causa de incompatibilidad laboral. No procede una mayor reducción como pretende el apelante: por una parte, ha de valorarse que a la firma de dicho Convenio ya conocía que las posibilidades del reconocimiento de compatibilidad eran pocas, y por otra, ahora que no realiza ese 2.º trabajo, puede dar clases particulares. No es de recibo que, por tener un coste elevado, el padre pretenda que el menor no siga sus estudios en el mismo centro que en su día acordaron.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ignacio Álvarez Sánchez

Es cierto que el actor sufrió una disminución de los ingresos que obtenía al haber tenido que dejar uno de los trabajos que llevaba a cabo, el de profesor del Conservatorio Profesional de Música «Eduardo Martínez Torner» por afectarle la Ley de Incompatibilidades, tal y como resulta de la Resolución de la Consejería de la Presidencia del Principado de Asturias recaída en el Expediente 2004/033907, notificado el 3 de febrero de 2005, que obra a los folios 74 y 75 de los Autos. Pero también lo es que esta circunstancia era conocida por él cuando suscribió el convenio regulador, que lleva fecha de 20 de diciembre de 2004, pues el día 1 de ese mes había solicitado el reconocimiento de la compatibilidad a sabiendas de que las posibilidades de que se le concediera eran mínimas. Por otro lado la disminución de ingresos en que justifica su pretensión no es tan notable como indica, pues de la certificación que acompaña con la demanda, firmada por doña Alejandra, Directora General de la Fundación Musical Ciudad de Oviedo, resultan unas retribuciones anuales brutas de 24.667,41

euros; constando, además, al folio 76 que las pagas extraordinarias ascienden a 1.608,06 euros netos. Además pueda dar clases particulares, lo que constituiría una fuente de ingresos nada despreciable pues el propio apelante reconoce que tiene gran prestigio profesional, y si antes compatibilizaba el trabajo de la Orquesta con el del Conservatorio no se alcanza la razón por la que ahora manifiesta que no dispone de tiempo para ello.

En definitiva la disminución de los medios económicos del obligado al pago de la pensión no es tan sustancial como pretende y puede completarlos en parte a través de clases particulares por lo que la reducción establecida por la Juzgadora de 1.ª Instancia parece razonable aunque se discrepa de las bases por las que llega a esa conclusión. Por otro lado los gastos del menor son muy elevados por decisión de ambos progenitores, no siendo de recibo, que ahora el padre pretenda que no siga sus estudios en el Centro que en su día los dos acordaron.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Estimación de la demanda interpuesta por un hijo contra el resto de hermanos para que, por partes iguales, se abone el importe del ingreso de la madre en una residencia, descontando lógicamente la cuantía de la pensión que percibe aquélla.

AP BALEARES, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Rosello Llaneras

La sentencia de instancia que estima íntegramente la demanda interpuesta por una hija alimentante contra los demás hijos obligados legalmente a prestar alimentos a su madre común, condenando a los demandados, junto a la actora, a cubrir la cantidad que reste para satisfacer la mensualidad de la residencia «Oasis» en la que se halla internada la alimentista, por partes iguales, y, al propio tiempo, desestima en todas sus partes la demanda reconvenicional formulada por la demandada doña Patricia, absolviendo libremente a los demandados, todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre costas, es recurrida en apelación por la demandante en vía reconvenicional interesando nueva sentencia por la que se estime su demanda reconvenicional, condenando a los demandados a iniciar las oportunas gestiones para trasladar e ingresar a la alimentista en una residencia pública, preferentemente la «Miquel Mir» de Inca, por ser esta ciudad en la que residía y se halla empadronada su madre.

La pretensión actuada en la demanda reconvenicional no encuentra acomodo en norma legal alguna, pues la reconveniente se limita a citar como fundamentos de derecho los alegados en la demanda y contestación, omitiendo cita expresa de la norma jurídica privada en que se funda la pretensión, y sin que la mera referencia a los artículos del Código Civil que regulan los alimentos entre parientes

—artículos 142 y siguientes— sirvan para ampararla jurídicamente al no tener cabida en ninguno de los artículos invocados la condena a realizar gestiones para ingresar a la alimentista en una residencia pública, lo que puede realizar cualquiera de los obligados a prestarlos sin necesidad del concurso de todos ellos, por lo que lo expuesto resulta suficiente para el rechazo del recurso. Por otra parte, la alegación en el escrito del recurso que la resolución apelada infringe el artículo 146 del Código Civil tampoco puede ser atendida puesto que dicha norma regula el principio de proporcionalidad que debe presidir la cuantificación de la pensión alimenticia, procurando que la cuantía sea proporcionada al caudal o medios de quien los da y necesidades de quien los recibe, en cuyo contexto no cabe la pretensión actuada en vía reconvenicional, ya que la proporcionalidad debía ser invocada en cuanto a la pretensión principal que resuelve sobre la obligación de todos los alimentantes de contribuir por iguales partes a prestar los alimentos precisos a la madre común, mas no para condenar a realizar gestiones para ingresarla en un establecimiento público, máxime cuando la recurrente ni siquiera se ha preocupado de acreditar cuáles son sus medios económicos que le impiden contribuir al pago de la estancia de la madre en la actual residencia que los demás hermanos estiman más conveniente.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Las clases particulares, asistencia a cursos de verano, cursos en el extranjero y análogos son gastos extraordinarios: habiéndose acompañado con la demanda de ejecución los recibos y justificantes bancarios que acreditan que la madre ha abonado los gastos relativos a clases de danza e inglés de la hija, procede seguir adelante la ejecución despachada, en reclamación de la parte proporcional cuyo abono corresponde al padre.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Fidela Leonor Cercas Domínguez

Por la representación procesal de don Sebastián se interpone recurso de apelación contra la resolución

dictada por la Juzgador de instancia impugna la condena al pago de los gastos extraordinarios que

se reclaman con respecto a la menor Ana María, en concreto, los relativos a las clases de danza y de inglés al no estar acreditados, por haberse presentado recibos sin firma

Por la representación procesal de doña Daniela, se interesa la íntegra confirmación del Auto recurrido alega que los gastos extraordinarios que reclama están cumplidamente justificados a través de los recibos y documentos bancarios que presenta.

No puede prosperar el segundo motivo de recurso. Los gastos extraordinarios son aquellos imprevistos que, además, sean necesarios o consensuados, y que no pueden considerarse incardinables dentro de los gastos ordinarios, estando al margen

o fuera de los mismos, como su propio nombre de extraordinarios indica, y como así se estableció en la Sentencia de la Audiencia Provincial de fecha de 14 de junio de 2002, que revocando en este punto, la sentencia de instancia determinaba como gasto extraordinario de la educación de los hijos «las clases particulares, asistencia a cursos de verano, cursos en el extranjero y análogos», por lo que habiéndose acompañado la solicitud de ejecución de títulos judiciales de recibos y documentos bancarios que acreditan el desembolso de tales gastos por parte de la progenitora, de conformidad con lo dispone la recurrida, esta Sala estima, que deben ser proporcionalmente sufragados por el otro cónyuge.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque en la instancia se solicitara la extinción de la pensión compensatoria, no resulta incongruente que en la alzada se inste su limitación temporal, pues dicho pedimento no excede del original, sino que aminora la pretensión inicialmente deducida.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Santiago Oliver Barceló

Y como criterios relevantes, a tenor del artículo 97, cabe resaltar: A) La mayor dedicación pasada, y probablemente futura, de la esposa a la familia, atendido el hecho de que durante la mayor parte de la convivencia matrimonial no ha trabajado por cuenta ajena, y en tal situación, es de suponer, salvo prueba en contrario, que ello comporta tal dedicación, entre otras muchas; al igual que en las de 29 de mayo de 2006 y 9 de noviembre de 2005, respecto de la posibilidad de limitación

temporal por la que: «En segundo lugar, conviene explicitar que la solicitud de temporalidad en la pensión compensatoria no resulta incongruente con lo interesado en la primera instancia por la representación de don ..., pues la misma propugnó entonces que no se fijara pensión compensatoria alguna, por lo que en la alzada está facultada para interesar un pedimento que no exceda del original sino que aminore la pretensión inicialmente deducida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Al haber pasado el esposo a la situación de jubilado, reduciéndose sustancialmente sus ingresos, se reduce la pensión compensatoria de la esposa, aunque no procede su extinción. Tampoco procede fijar una limitación temporal cuando la esposa cuenta con 61 años, tiene escasa capacitación y cualificación profesional y tiene unas deficiencias de audición en aumento que hacen muy difícil la obtención de un trabajo. Análisis jurisprudencial de los requisitos para la limitación temporal de la pensión compensatoria.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Santiago Oliver Barceló

Formulada demanda sobre Modificación de Medidas acordadas en Sentencia de fecha 1 de junio de 1999,

dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de esta Capital, en solicitud de supresión de

la pensión compensatoria o, subsidiariamente, de reducción de la misma a 500 euros mensuales, con limitación temporal, por parte de don Lázaro, frente a doña Leticia, fue contestada y opuesta por ésta, y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, aquélla fue estimada parcialmente en la instancia por Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2005, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Silvestre Benedicto, en nombre y representación de don Lázaro contra doña Leticia quien ha litigado representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Colom Ferrá, debo modificar y modifico el pronunciamiento complementario cuarto de la Sentencia de fecha 9 de octubre de 1997 –a su vez ya modificado por la Sentencia de fecha 1 de junio de 1999– y que declaraba disuelto por divorcio el matrimonio de los hoy litigantes en el sentido que se refiere a continuación: don Lázaro abonará en concepto de pensión compensatoria a doña Leticia la cantidad de 850 euros, pagadera por anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorro, que al efecto designe el receptor contra cuya resolución se alza la representación procesal del Sr. Lázaro alegando una merma de ingresos por percibir actualmente una pensión de jubilación, que la compensatoria se ha reducido al 30% cuando sus ingresos han disminuido un 50%, aproximadamente, que la compensatoria merece en este caso una limitación temporal, e interesa la revocación de la sentencia recurrida por reducción de la cuantía de la pensión compensatoria a 500 euros mensuales y por fijación de limitación temporal a dicha prestación.

Asimismo se alza contra la misma resolución la representación procesal de la Sra. Leticia, alegando que, a pesar del pase a jubilación, el actor no ha visto disminuidos los restantes ingresos y en cambio la Sra. Leticia ha visto incrementados sus gastos, e interesa la revocación de la sentencia recaída en la instancia por no proceder la variación de la cuantía de la pensión compensatoria establecida a la ex esposa.

Además, resultaría factible señalar en este proceso una pensión compensatoria aunque la demanda se hubiera interpuesto con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, 8 de julio, porque antes de que rígera tal modificación legislativa el Tribunal Supremo ya había admitido la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, y, así, en Sentencia de 10 de febrero de 2005 declaró acerca de esta materia que «la ley –que de ningún modo cabe tergiversar– no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe

admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación. Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de éstos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del percceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado –perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral–; posibilidades de reciclaje o volver –reinserción– al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado “futurismo o adivinación”. El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación –como en realidad en todas las apreciaciones a realizar–, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección. En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AAPP y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del artículo 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal». Tal criterio fue reiterado en las sentencias del propio Alto Tribunal de 28 de abril y de 19 de diciembre de 2005.

Aun siendo factible en principio y en términos generales la limitación temporal de la pensión compensatoria, es parecer de este Tribunal que «en el caso concreto que ahora se analiza no procede fijar plazo alguno para la misma (sin perjuicio de las modificaciones que puedan acordarse ulteriormente con base en lo establecido el artículo 100 del Código Civil), precisamente porque el examen de

las circunstancias concurrentes en este supuesto revela que no se dan las pautas señaladas por el propio Tribunal Supremo para que proceda la temporalidad de la pensión compensatoria, principalmente si se pondera que la señora ... nació en ..., que la convivencia matrimonial duró unos ... años, que se dedicó a la familia, que tiene problemas de salud, que desempeña un trabajo menos cualificado que el señor..., y que su situación laboral es hasta cierto punto inestable»; totalmente equiparable al supuesto de autos; y la de fecha 26 de mayo de 2006 por la que: «Reiterando que el principio de cosa juzgada material impide plantearnos la determinación de la pensión compensatoria como si fuera *ex novo*, en la argumentación del recurrente subyace la polémica que en el pasado se produjo entre sectores doctrinales y Audiencias con criterios discrepantes sobre si eran o no admisibles pensiones compensatorias con carácter temporal. Tal polémica resultó zanjada con la STS de 10 de febrero de 2005, en un recurso de casación admitido por «interés casacional», en la cual se señala que «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), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutó el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios». Tras indicar con exhaustividad los argumentos contrarios y a favor de la temporalidad de tales pensiones, concluye en la posibilidad de establecer una duración limitada «siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal», explicando una evolución de la doctrina y la jurisprudencia desde el año 1981 hasta la actualidad, siendo ahora predominante la tesis de la temporalidad. Entre los argumentos a favor de la temporalidad, destaca el «evitar la pasividad en la mejoría de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral. ... cumple con una

finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor». Tras la modificación del artículo 97 por la Ley 15/2005 la cuestión ya no plantea problema alguno.

El recurrente recoge en su mayor parte los argumentos recogidos en dicha sentencia para apoyar la conclusión de la temporalidad de las pensiones, pero olvida que la resolución que la establece con carácter indefinido es firme, y por ello no puede desconocerse, salvo que se acredite una alteración sustancial de las circunstancias desde el mes de octubre de 2001, en que se dictó dicha sentencia. Es de reseñar que esta Audiencia se había decantado mayoritariamente por el criterio de que la pensión compensatoria era indefinida, salvo en dos sentencias de esta Sección en supuestos excepcionales de matrimonios de muy corta duración y cónyuges jóvenes, y el principio de cosa juzgada impide modificar el criterio en el caso concreto, por el hecho de una nueva jurisprudencia y modificación legal posterior carente de efectos retroactivos, surgida con posterioridad a tal sentencia firme; y de 12 de enero de 2006, 20 de diciembre de 2005, 28 de febrero de 2005, 21 de enero de 2005, 11 de octubre de 2004, 29 y 28 de abril de 2004, 12 de marzo de 2004, 16 de junio de 2003, 19 de marzo de 2003, 16 de julio de 2002, 16 de mayo de 2002, 23 y 22 de noviembre 2001, 14 de septiembre de 2001, y más correctamente, con adición de las transcritas, sobre la no temporalidad de la pensión en determinadas circunstancias y casos, o su reducción cuantitativa mensual en otros.

La limitación temporal ya fue solicitada por el actor con anterioridad, y fue denegada por Sentencia de 1 de junio de 1999, por el mismo Juzgado cuya resolución por el presente se impugna.

Aplicando las precedentes enseñanzas jurisprudenciales al supuesto planteado, este Tribunal concluye en el mismo sentido que el Juzgador *a quo*, estimatorio en parte de la pretensión de reducción de la pensión compensatoria, si bien con menor intensidad que la determinada en la instancia, y sobre la denegatoria de una fijación temporal de tal prestación, a la vista de los parámetros económicos precedentes y actuales, a cuyos últimos aquella debe adecuarse, precisamente para correlacionar la reducción de ingresos por vía de jubilación con más los dividendos del plan de jubilación que el actor tiene concertado y el mantenimiento de las inversiones y patrimonios inmobiliario y mobiliario, a la reducción de la pensión compensatoria que se fija en la cantidad de 900 euros al mes, pagadera por anticipado y dentro de los cinco primeros días, en la cuenta bancaria que designe la demandada, y a actualizar anualmente, con efectos desde el día 1 de enero, en proporción a las variaciones

que experimente los IPC. En efecto, la fijación definitiva de la cantidad mensual, en concepto de pensión compensatoria a favor de la Sra. Leticia, deviene tras el análisis detenido del material probatorio, escasamente desplegado, y aún a pesar de la no justificación por el actor de la totalidad de sus ingresos por distintos conceptos respecto de su situación patrimonial actual, concretamente evaluados los antecedentes sobre su determinación (de 230.762 pesetas a 9 de octubre de 1997; de 150.000 pesetas según convenio de 12 de julio de 1988; la actualización de aquélla a 239.144 pesetas a 1 de junio de 1999; la reducción de la pensión compensatoria a 170.000 pesetas a 1 de junio de 1999; la merma de la capacidad económica del actor por pasar a condición de jubilado desde abril-2005, percibiendo 2.159'12 euros mensuales, a la que se adicionan los rendimientos del plan de jubilación (500 euros/mes), en contraste con lo que percibía anteriormente (hasta 700.000 pesetas mensuales, aproximadamente), y procede hacerlo respecto de los que produzcan las inversiones, seguros y fondos de pensiones mantenidos, o reinvertidos por rescates o cancelaciones; las dos resoluciones anteriores de la cantidad fijada por pensión compensatoria; la percepción del capital de la póliza suscrita con «Zurich» (34.234 euros); la consolidación a 96.709

euros del plan de pensiones suscrito con «Morgan Hanley»; la evolución de los ingresos según las declaraciones fiscales de los ejercicios 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 (f. 82 a 131 de autos) en los rendimientos netos del actor, mantenidos e incluso en aumento respecto de las ganancias relativas a las participaciones en Sociedades y Fondos, y operaciones con acciones en Mercados Oficiales, de las aportaciones a Planes y Mutualidades, traducidas en las respectivas bases liquidables y cuotas íntegras; y de la percepción del capital, a abril-2000, del «Monterío Loreto», por causa de incapacidad permanente total (fondos acumulados).

Y, como ya anteriormente se ha reseñado, no procede fijar una limitación temporal del derecho a la pensión compensatoria, a tenor de la edad de la Sra. Leticia (61 años), su escasa capacitación y cualificación profesional, el grado minorativo de la audición, al parecer en aumento, que obstaculiza sobremanera la consecución de un trabajo remunerado adecuado a tal deficiencia (80% en oído izquierdo, y 50% en el derecho), sus necesidades básicas, los años de matrimonio y de dedicación a la familia, y la no percepción de otros ingresos distintos a los de la propia pensión compensatoria, reducida ya sucesivamente en distintos procedimientos de Modificación de Medidas.

PENSIÓN COMPENSATORIA

En el anterior procedimiento se fijaba un límite temporal a la pensión compensatoria de la esposa por padecer un carcinoma de mama, y se condicionaba su prórroga, duración ilimitada o extinción, en función de la evolución de su estado de salud: no constando que dicha enfermedad se haya agravado, procede declarar extinguida dicha pensión. En relación a otras dolencias, ya fueron en su día tenidas en cuenta, y en concreto las jaquecas que alega la padece desde que tenía 18 años.

AP ZAMORA, SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Manuel Encinas Bernardo

Con carácter previo a entrar en el estudio del recurso presentado, se impone exponer los siguientes antecedentes que resultan, fundamentalmente de las pruebas documentales, a saber: A) los hoy litigantes Mari Luz y Luis Ángel contrajeron matrimonio el 18 de abril de 1968, separándose por mutuo acuerdo posconvenio de 21 de julio de 1991 aprobado por la Sentencia de separación de 23 de octubre de 1991 (autos 411/91 Juzgado núm. 1 Zamora) del que resulta una pensión compensatoria a favor de la esposa de 90.000 ptas. B) en autos de divorcio 184/93 se dictó Sentencia el 11 de noviembre de 1993 acordando la

disolución del matrimonio y continuando rigiendo el convenio regulador. C) Presentada demanda remodelación de medidas (Autos 287/97) se dictó Sentencia el 11 de mayo de 1998 desestimatoria de la modificación, que fue revocada por esta sala en Sentencia de 26 de marzo de 1999 donde se declara que la pensión compensatoria establecida a favor de la hoy recurrente se mantendrá en la misma cuantía económica que venía percibiendo y «será de una duración de 5 años a partir de la fecha de firmeza de esta resolución (Por Auto aclaratorio de 20 de abril de 1999 se añadió «sin perjuicio de

su prórroga o duración en el tiempo o extinción definitiva conforme evidencia la salud de la demandada enferma, conforme a los informes médicos que puedan emitirse y valorarse»). D) transcurridos los 5 años el esposo en procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales (Autos 170/01) solicitó el cese de la pensión lo que se acordó por providencia de 15 de junio de 2004, confirmada por auto de 14 de julio de 2004, confirmado por esta Audiencia en Sentencia de 21 de diciembre de 2004. E) en el presente procedimiento se insta la continuación de la pensión compensatoria, por permanecer el desequilibrio y verse agravada la salud de la apelante.

Aunque es muy encomiable la labor que efectúa la Sra. Letrada en el recuso, es necesario resaltar que viene a hacer hincapié en la temporalidad o no de la pensión compensatoria, olvidando que es una cuestión ya resuelta por esta Sala la pensión compensatoria que reestableció por convenio de fecha 31 de julio de 1991, cuando la esposa contaba 43 años y 23 años de unión, en modo alguna puede convertirse en vitalicia, sino que la misma tiene un carácter temporal según las circunstancias del caso concreto, a saber, duración del matrimonio, dedicación del cónyuge a los hijos, posibilidades de introducirse en el mercado laboral..., etc. Por lo que respecta a la presente litis, en su día, siguiendo la doctrina expuesta ya se declaró la duración temporal de la pensión en 5 años «sin perjuicio de su prórroga o duración en el tiempo o extinción definitiva conforme evidencia la salud de la demandada enferma, conforme a los informes médicos que puedan emitirse y valorarse» y acudiendo al fundamento 3.º de la sentencia de Modificación de Medidas, claramente resulta que la duración temporal se estableció por la dolencia que padecía la hoy recurrente, a saber, un carcinoma de mama, donde se prevé que durante ese período no

se puede hablar de curación sino de supervivencia y en el mismo sentido se deduce del Auto aclaratorio, por lo tanto, solamente una agravación de la salud de la apelante consecuencia del carcinoma podría dar lugar a una prórroga o su duración en el tiempo y no consta que el carcinoma de mama se haya agravado (*vid.* informes de 18 de febrero de 2005 del Servicio de Oncología del Hospital universitario de Salamanca). Con relación a otras dolencias que pueda tener la apelante ni fueron tenidas en cuenta en su día y en todo caso los antecedentes depresivos, según de 20 de septiembre de 2004 datan de hace 13 años, posteriores, por tanto a la separación y en todo caso la historia neuropsiquiátrica se abre el 4 de marzo de 2003, es decir, cuando ya sabía que el esposo iba a solicitar la extinción de la pensión, lo mismo decir de las jaquecas, tampoco consecuencia del matrimonio (al parecer esa dolencias las tenía desde los 18 años). Por todo ello procede confirmar los razonamientos de la sentencia de instancia que viene a interpretar como lo hace esta Sala y en base a sus propias resoluciones, que la prórroga de la pensión o su duración ilimitada dependía de la permanencia o agravación de la enfermedad que padecía en su día, extremo que no se ha acreditado o probado haya ocurrido.

Finalmente y con relación a las citas de Sentencias de esta Sala, olvida la recurrente que la duración de 5 años ya venía declarada en la sentencia firme, sin olvidar, además que hay otras muchas resoluciones donde se establece con la misma duración del matrimonio, incluso con una edad de la esposa mayor que la que tenía la recurrente al tiempo de la separación, la duración de 5 años (*vid.* entre otras la mas reciente recaída en el R 77/6).

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede reducir el importe de la pensión compensatoria de la esposa al habersele reconocido el derecho a cobrar una pensión no contributiva, de la que no disfrutaba al tiempo del divorcio. Ahora bien, no procede minorarla en la misma cuantía a la que asciende la pensión no contributiva, pues ha de tenerse en cuenta que tiene 62 años y ha sido ingresada en una residencia por la que abona 900 euros, siendo auxiliada por su hermanos para dicho pago. Requisitos legales y jurisprudenciales para apreciar la existencia de una alteración sustancial de circunstancias.

AP ZAMORA, SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Manuel Encinas Bernardo

Con carácter previo a entrar en el estudio del recurso presentado, se impone exponer los siguientes

antecedentes que resultan, fundamentalmente de las pruebas documentales, interrogatorio del

demandante y testifical del hermano de la demandada, a saber: A) los hoy litigantes (Nieves, nacida el 18 de noviembre de 1943 y Narciso) contrajeron matrimonio el 17 de agosto de 1968, no habiendo tenido descendencia. B) Por Sentencia de 22 de enero de 2001 se decretó la disolución del matrimonio por causa de divorcio, de mutuo acuerdo y se aprobó el convenio regulador, estableciéndose a favor de la hoy apelada una pensión compensatoria de 50.000 ptas, revisables anualmente. C) El esposo, percibe una pensión por incapacidad permanente absoluta cuyo importe líquido mensual en el año 2005 ascendía 1.406,87 euros (233.540,42 ptas.). D) La esposa tiene una insuficiencia respiratoria crónica secundaria a enfermedad neuromuscular, en tratamiento con BIPAP y oxígeno, que ha dado lugar a que se le conceda una pensión no contributiva en enero del 2004 por importe de 276,30 euros (45.865,8), asimismo ha sido necesario para su cuidado ingresarla en la residencia Coral, como persona asistida, por la que paga la cantidad mensual de 900 euros. E) Por su parte el apelante que padece, asimismo diversas enfermedades, entre ellas la de Still, tratada con cortisona (*vid. doc 3 dda*), en el informe médico no ratificado se dice que precisa ayuda para tareas domiciliarias habituales. F) La apelada no tiene más ingresos que la pensión compensatoria de 339,83 euros (56.411,78 euros) (*doc 2 dda*) y la no contributiva, siendo los hermanos (*vid. testifical*) quien la ayudan a sufragar el importe de la residencia.

Por el recurrente se solicitó en la demanda la extinción de la pensión por alteración de las circunstancias y, subsidiariamente, reducirle la suma que percibe la apelada como pensión no contributiva.

Los efectos que produce una sentencia de separación o divorcio pueden ser alterados ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar; por ello, como no podía ser de otra forma, el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurriese el supuesto de hecho contemplado en los artículos 90 y 91 del CC, es decir, en los casos en los que se produjese «una alteración sustancial de circunstancias», o «sustancial de fortuna» para el caso de la pensión compensatoria (artículo 100 CC), so pena de encontrarnos con continuos e inagotables procedimientos de revisión de tales medidas con patente quiebra de la seguridad jurídica. Alteración de circunstancias que, por otra parte, para ser tenida en cuenta ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, tales como que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; permanente o duradera y no

coyuntural o transitoria; que no sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituida con finalidad de fraude; y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en el que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas. Es, por ello, que una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada en la sentencia de divorcio, y esta doctrina es la seguida por esta Audiencia en el mismo sentido se pronuncian otras Audiencias, (*vid. Sentencias de 14 de diciembre de 1998 de la AP de Vizcaya, 9 de marzo de 1998 de la AP de Ciudad Real, 23 de noviembre de 1998 de la AP de Zaragoza, AP Alicante de 17 de septiembre de 1998, AP Madrid 2 de octubre de 1998, AP Albacete de 20 junio 1998, AP Asturias de 14 de octubre de 1998, AP Valencia de 24 de abril de 1998*).

Pues bien, la aplicación de la mentada doctrina al caso presente conlleva que el tribunal aprecie que sí se ha producido la postulada alteración teniendo para ello en cuenta las circunstancias concurrentes, entre las cuales no opera las enfermedades del actor, pues no resulta que las que se hacen constar en el informe acompañado con la demanda no las tuviera con anterioridad a la separación como tampoco queda acreditado en qué consistir la ayuda de persona para las tareas domiciliarias habituales, prueba que recaía sobre dicha parte, amén de que tras el visionado del vídeo no se aprecia externamente imposibilidad de llevar a cabo las tareas ordinarias de la casa.

Ahora bien, con relación a la demandada sin embargo sí ha quedado probado que la pensión no contributiva de invalidez que percibe no la disfrutaba al tiempo de dictarse sentencia en el proceso de divorcio, pensión concedida como consecuencia de la insuficiencia respiratoria crónica secundaria a enfermedad neuromuscular, en tratamiento con BIPAP y oxígeno. La pensión no contributiva le fue reconocida en enero de 2004 por importe de 276,30 euros (45.865,8). Ahora bien, es igualmente preciso ponderar que se trata la demandada de una mujer nacida en el año 43 y por lo tanto de 62 años y que la percepción de la mentada pensión asistencial proviene precisamente de su insuficiencia respiratoria crónica secundaria a enfermedad neuromuscular, habiendo tenido que ingresar para ser asistida en una Residencia por la que debe pagar 900 euros mensuales según certificación aportada.

El apelante vive en vivienda alquilada por la que paga 352,98 euros (58.594,68 ptas.), por lo que tiene cubiertas sus necesidades de habitación, no resultando debidamente probado en qué pueda consistir

la ayuda en las tareas domiciliarias, siendo así que la apelada por su invalidez se ve obligada a ser asistida en una Residencia. Así las cosas esta Sala entiende que procede la revisión de la pensión compensatoria, no en la cuantía que corresponde a la pensión no

contributiva, toda vez las nuevas circunstancias de la apelada y a la vista de los ingresos del apelante, sino que se fija como nueva pensión compensatoria la suma de 270 euros al mes, con el índice actualizador fijado en la sentencia de divorcio.

PENSIÓN COMPENSATORIA

A los efectos de determinar los ingresos del esposo para fijar a su cargo una pensión compensatoria, se ha de descontar el gasto fijo de la vivienda de arrendamiento en la que reside, que es un gasto fijo provocado directamente por la separación: percibiendo 1.246 euros/mes, y teniendo que abonar 330 euros/mes de alquiler, es razonable fijar una pensión compensatoria de 300 euros para la esposa. La existencia de otros gastos como de taller del automóvil, o préstamos personales, no es algo extraordinario, sino lógicos de cualquier persona y no pueden hacer variar tal pronunciamiento.

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Isidoro Sánchez Ugena

El recurso de apelación promovido por Lina no puede ser estimado. El demandado percibe unos ingresos mensuales netos de 1.246 euros, conforme aparece al folio 43 de los autos, de los que ha de deducir, como gasto fijo provocado directamente por la separación, la suma de 330 euros mensuales en concepto de arrendamiento de vivienda donde reside. La cifra de 300 euros/mes como pensión compensatoria fijadas por el Juzgado *a quo* es razonable y debe ser mantenida.

Iguales argumentos conducen también a desestimar la impugnación de la sentencia formulada por el demandado Bartolomé. La suma

de 300 euros mensuales, como se ha dicho, es razonable.

El hecho de que con el resto de sus ingresos el impugnante haya de hacer frente a diversos gastos fijos, como taller de automóvil o préstamos personales, es algo naturalmente lógico y no puede hacer variar la posición adoptada por el juzgador *a quo*. Se trata de gastos normales para cualquier persona y no conceptos extraordinarios. El único gasto fijo tenido en cuenta para la determinación de la cuantía de la pensión compensatoria ha sido el pago de la renta de una vivienda de alquiler por parte del demandado ahora impugnante.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Si en el procedimiento de separación se solicitó pensión compensatoria por la esposa y se denegó, no procede conceder dicha pensión con ocasión de tramitarse el divorcio al existir cosa juzgada que es incluso apreciable de oficio.

AP LAS PALMAS, SEC.3.ª, SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Ildefonso Quesada Padrón

Pues bien, en el supuesto sometido a debate aparece que, tal como se recogió en la resolución combatida, el 25 de marzo de 2000 se dictó sentencia en los autos de separación número 425/1999, seguidos ante el mismo Juzgado, por la que se acordó no

haber lugar a la pensión compensatoria interesada por la hoy también actor, Sra. Daniela, pronunciamiento que no consta que fuera recurrido y que, por consiguiente, devino firme. Siendo ello así, teniendo en cuenta que la pensión compensatoria

se otorga en el momento en el que se produce la ruptura matrimonial, bien sea por separación, bien lo sea por divorcio, tal como claramente se deduce del artículo 97 del Código Civil, ha de entenderse que existe cosa juzgada al respecto, apreciación de cosa juzgada que, conforme a reiterada jurisprudencia de ociosa cita, es apreciable de oficio. La anterior resolución, como se deja consignado, es del 25 de marzo de 2000 y lo que se pretende ahora

por el recurrente, transcurridos cuatro años desde la misma, pues la demanda rectora de la presente litis se presentó el 5 de abril de 2004, en puridad no es una modificación de medidas, sino el establecimiento *ex novo* de la pensión compensatoria después del transcurso de más de cuatro años, por lo que, dando por reproducidos los argumentos del juzgador *a quo*, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución combatida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede fijar una pensión compensatoria que suponga el 50% de los ingresos del marido: el objetivo de tal pensión no es redistribuir, a partes iguales, los ingresos de uno de ellos.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Nuria Zamora Pérez

Discrepa la apelante en la cuantía que se le fija en concepto de pensión compensatoria. La sentencia apelada cuantifica la pensión que el exmarido ha de pagar a la apelante en 360 euros/mensuales, propugnando ésta que se fije en el 50% de los ingresos del marido. Petición que tampoco puede tomarse en consideración.

Analiza correctamente la sentencia de instancia la finalidad de la pensión compensatoria y los criterios a tener en cuenta para su cuantificación,

razonamientos que no quedan desvirtuadas en esta alzada, debiendo recordar que el objetivo de la pensión compensatoria no es el redistribuir, a partes iguales, entre ambos cónyuges los ingresos que perciba uno de ellos. En el caso de autos teniendo en cuenta el tiempo que ha durado el matrimonio, que el mismo no ha tenido hijos, y la edad de la apelante se estima que la cuantía que se le estipula es suficiente para cubrir sus necesidades, siendo improcedente, al menos en estos momentos, cualquier revisión al alza.

CUESTIONES PROCESALES

Si transcurrido el tiempo de formulación de los recursos de apelación se produce un hecho nuevo de especial relevancia, como es la pérdida de trabajo de la esposa, no puede ser tenido en cuenta en la sentencia de la Audiencia, sino que ha de conceptuarse como hecho nuevo susceptible de iniciar otro proceso de modificación de medidas: lo contrario sería privar a las partes del principio de contradicción y del derecho a la doble instancia.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García

El tema no quedaría por completo perfilado de no hacerse referencia a un nuevo hecho que la demandante ha puesto en conocimiento de esta Sala una vez transcurrido el tiempo de formulación de los recursos, como es la pérdida del trabajo por el que percibía aquella remuneración de ochocientos

euros, el cual no había sido alegado en las actuaciones ni por tanto pudo ser objeto de concreta prueba, aun cuando en principio debió serlo por ser hecho previsible al tratarse de un trabajo de duración limitada y temporal, que podía haber sido anticipado, al menos con la finalidad de establecer

peticiones alternativas para el caso que el suceso futuro llegase a producirse y su posibilidad de ser discutida en el curso del procedimiento. Determina el artículo 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento, en cuyo contenido se ampara la presentación de aquel escrito, que en este tipo de procesos se decidirán los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados «con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento». Pero no obstante la claridad del precepto, reconoce la Sala que se trata de un hecho de clara relevancia en la decisión de uno de los puntos esenciales del procedimiento, como es éste de la fijación de la pensión compensatoria, que debe ser objeto de su conveniente alegación y prueba, en suma de discusión en virtud del principio de contradicción que ha de regir todo proceso judicial, que no podría ser cumplido con un simple traslado del escrito presentado por la recurrente a la otra parte, en momento que no es el adecuado por encontrarse el pleito en fase de

recurso, esto es, limitado a formular alegaciones a favor y en contra de la Sentencia dictada por el Juzgado, y además, entendiéndolo de otra forma, quebraría también en perjuicio de las partes el otro principio de doble instancia, al adoptarse una decisión, importante se dice, sin que hubiese sido adoptada en la primera instancia, sin posibilidad en consecuencia de ser revisada en otra instancia. Por cuyas razones se entiende que el ahora alegado debe conceptuarse con toda propiedad como hecho nuevo, susceptible de provocar la iniciación de otro proceso de modificación de medidas, como se regula en los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento y 100 del Código Civil, al referirse a modificaciones de carácter sustancial respecto de medidas anteriormente acordadas, dando lugar así a la iniciación de un nuevo proceso, en el que los derechos de las partes serán objeto de una estricta observancia y revisados en su caso a través del oportuno recurso de apelación.

CUESTIONES PROCESALES

Aunque la regla general es que los alimentos deben demandarse frente a los dos progenitores, la excepción se produce cuando uno de los obligados no se encuentre de forma notoria y justificada en situación de contribuir a los alimentos, ya que en tal supuesto la deuda alimenticia se concentra en el otro progenitor, como sucede cuando la madre sólo percibe una pensión compensatoria de 300 euros mensuales y además está prestando los alimentos en especie.

AP ASTURIAS, SEC. 6.^a, SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Barral Díaz

Un orden lógico, además de jurídico, obliga a tratar en primer lugar el tema del posible litisconsorcio pasivo necesario, declarado así por la Jurisprudencia (STS de 12 de abril de 1994, 15 de noviembre de 1996, entre otras), pero advirtiendo la misma que tal principio tiene la clara excepción cuando uno de los obligados no se encuentre de forma notoria y justificada en situación de contribuir a los alimentos, ya que en tal supuesto la deuda alimenticia se concentra en el otro progenitor (STS

de 5 de junio de 1982, 13 de abril de 1991 y 12 de abril de 1994).

En el presente caso, teniendo la madre como único ingreso el importe de la pensión compensatoria (citados 300 euros mensuales), difícilmente puede señalarse al respecto una adicional obligación, mucho más (y esto es lo esencial) cuando por dicha convivencia entre la madre y el hijo la primera ya viene prestando, aunque en especie, su contribución al cuidado y atención del hijo. Se desestima este primer motivo.

CUESTIONES PROCESALES

Dada la total desvinculación de las partes del último domicilio común, el traslado de la accionante a otra localidad y el desconocimiento del domicilio actual del demandado, respecto al que se solicitaron diligencias de averiguación habrá de ser el lugar del domicilio de la accionante el que determine la competencia territorial del órgano judicial, en base al punto de conexión establecido en el artículo 769.1, párrafo segundo, de la LEC.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 9 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez De Parga Gastón

El proceso de modificación de medidas definitivas del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no constituye una incidencia del proceso anterior cuyos pronunciamientos se pretenden alterar, ante la concurrencia de circunstancias sobrevenidas, que alteren sustancialmente las tenidas en cuenta en el proceso originario, sino que tiene la naturaleza de relación jurídico-procesal de carácter autónomo, que tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se tramita de conformidad con las prescripciones del artículo 770, salvando el legislador la defectuosa técnica procedimental remisoría al artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En materia competencial el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la solicitud de la modificación de medidas definitivas habrá de cursarse ante el Tribunal, lo que ha llevado a una primera tesis interpretativa, referida a deber de tramitarse la causa ante el mismo tribunal que acordó las medidas definitivas.

El citado criterio interpretativo tiene serios inconvenientes, pues parece entender el carácter apendiciario, a la manera de un incidente, del proceso de modificación de medidas, respecto a la causa originaria, cuando como ya hemos considerado ostenta carácter autónomo. Entender que el tribunal al que se refiere el precepto habrá de ser el que dictó la sentencia del proceso primitivo,

como punto de conexión inflexible e inalterable presenta serias dificultades cuando las partes se encuentran plenamente desvinculadas del lugar en donde tenían el último domicilio común, ubicándose incluso en distintos partidos judiciales, muchas veces muy distantes del lugar del dictado de la sentencia del proceso que se pretende modificar.

Por tales consideraciones, y no revelándose en forma unívoca la intención del legislador de tener que conocer del proceso de modificación de medidas el órgano judicial que entendió del proceso primitivo, ha de observarse la norma competencial del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de autos, dada la total desvinculación de las partes del último domicilio común, ubicado en Manresa, el traslado de la accionante a la localidad de Gironella (Berga), y el desconocimiento del domicilio actual del demandado, respecto al que se solicitaron diligencias de averiguación en otrosí de la demanda, había de ser el lugar del domicilio de la accionante el que determinase la competencia territorial del órgano judicial, en base al punto de conexión establecido en el artículo 769.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que determina la estimación del recurso de apelación interpuesto, con la consecuencia de declarar la competencia territorial del Juzgado de 1.ª Instancia 1 de Berga, para el conocimiento del proceso de modificación de medidas definitivas.

CUESTIONES PROCESALES

No existe carencia sobrevenida del objeto del proceso, ni procede decretar el archivo del divorcio, por el mero hecho de que el esposo aporte un documento extranjero, traducido al español, con certificación de su firmeza, por el que se decreta el divorcio de un matrimonio búlgaro: se trata de una resolución extranjera que precisa el reconocimiento (*exequátur*) del Estado en que se pretende hacer valer (artículo 523 LEC), pues de no ser así no despliega la eficacia probatoria necesaria para acreditar la anterior disolución matrimonial.

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª, AUTO DE 12 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio San Millán Martín

La resolución recurrida, decreta el archivo de las presentes actuaciones, por carencia sobrevenida del objeto de la presente litis, con amparo en lo prevenido en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativas a la solicitud de divorcio contencioso, promovidas por la apelante doña Alejandra, respecto del matrimonio contraído con don Abelardo, en la ciudad de Dolni Dabnik (Bulgaria), en fecha de 12 de junio de 1994, ambos de nacionalidad búlgara, de cuyo matrimonio hubo un solo hijo don Luis Enrique, nacido el 19 de octubre de 1994, todo ello, según las documentales aportadas con la demanda al efecto. De suerte que, de parte del demandado, se aporta a los autos, documento extranjero, Búlgaro, debidamente traducido al español, junto con copia de su original, y certificación de su firmeza (con su legalización o apostilla), Decisión de fecha de 10 de febrero de 2005, por el que se decreta el divorcio de referido matrimonio, con efectos del 2 de marzo de 2005, lo que es recurrido por la apelante, interesando la nulidad de las actuaciones, por falta del traslado a esa parte previo a la decisión de archivo por carencia sobrevenida de objeto, conforme determina el artículo 22 de la Ley Procesal, en su defecto, infracción de norma legal, artículos 951 y 954 de la Ley de Enjuiciamiento anterior, (1881), en vigor aún, por falta de validez y eficacia de las documentales aportadas de contrario, al no haber obtenido los mismos el preceptivo *exequátur*, según artículo 523, Ley 1/2000. En su caso infracción del Convenio de Cooperación Judicial de 23 de mayo de 1993 entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía. (BOE 155/94 de 30 de junio de 1994).

Conforme se determina en los artículos 9 y 107 del Código Civil, el estado civil de las personas, la separación y el divorcio se regirán por su Ley personal determinada por su nacionalidad, Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda (en su defecto, residencia habitual del matrimonio). Como quiera que

para la virtualidad de la acción de divorcio ejercitada, obviamente, es precisa la subsistencia del vínculo matrimonial, y pretendiéndose acreditar en autos la disolución, también por divorcio, anterior a la presentación de la demanda, de referido vínculo, según Resolución recaída en el país de su origen, país de su común nacionalidad, que determina su Ley personal, la acreditación de la anterior disolución del vínculo se trae los autos a través de una documental: documento extranjero, Búlgaro, debidamente traducido al español, junto con copia de su original, y certificación de su firmeza (con su legalización o apostilla), Decisión de fecha de 10 de febrero de 2005, por el que se decreta el divorcio de referido matrimonio, con efectos del 2 de marzo de 2005, que tiene los efectos determinados en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ahora bien, la cuestión de autos, sin perjuicio de que refiere, por un lado, un supuesto virtualidad o validez de la aportación documental efectuada por el demandado; sobre documento traído a los autos, de origen extranjero (Búlgaro), en cuanto valor documental susceptible de presentación en juicio, resulta que para que pueda el mismo desplegar sus efectos en los presentes autos (en realidad por cosa juzgada anterior), hace preciso la obtención de su reconocimiento en el país donde se hace valer (España), como se deduce igualmente de lo prevenido en Tratado de aplicación: en el caso de autos Convenio de Cooperación Judicial de 23 de mayo de 1993 entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía, (BOE 155/94 de 30 de junio-1994), en sus artículos 19 y 20, como se deduciría, igualmente, del contenido del Reglamento de la Comunidad Europea (CE), núm. 2.201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de Resoluciones Judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (derogatorio del anterior Reglamento núm. 1347/2000), de aplicación al país de referencia en autos tan pronto com-

plete su integración en la Comunidad Europea. Por consiguiente, tratándose, no de documentos administrativos extranjeros (cual los aportados con la demanda) con eficacia en España, según lo más arriba razonado, sin más que acompañar su apostillado y traducción (Convenio de La Haya de 1961), sino de Resoluciones extranjeras que siguen precisando (salvo excepciones regladas en los propios Convenios o Reglamentos Comunitarios) del reconocimiento (exequátur) por el Estado en que

se hacen valer, por cuanto que la circunstancia de una anterior disolución matrimonial, para que pueda darse como tal, a través de las aportaciones documentales de esas Resoluciones de Órganos Judiciales Extranjeros, deben para poder desplegar su eficacia probatoria, ser reconocidas en España, lo que no basta con su mera aportación, adolecen los documentos presentados de toda eficacia, luego no puede darse por acreditada tal circunstancia.

CUESTIONES PROCESALES

Procede imponer las costas de primera instancia al actor al haberse desestimado su petición de modificación de la pensión de alimentos que había sido fijada 4 meses antes en el proceso contencioso de divorcio: dicha pensión se fijó en base a su edad, experiencia y capacidad de iniciativa empresarial, sin que ni siquiera haya intentado acreditar que hayan cambiado tales circunstancias, sino que más bien pretende que se reconsidere lo ya resuelto en sentencia firme. No existen dudas de hecho que justifiquen la no condena en costas.

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Mateos Rodríguez

Se ha impugnado también la condena en costas del demandante efectuada en la sentencia de primera instancia.

Es criterio de esta Audiencia Provincial y de todas o casi todas el de no hacer, en general, pronunciamiento condenatorio en costas en los procesos de familia. El fundamento de ello es doble. De un lado está la constatación de que los procesos de separación, nulidad y divorcio son «necesarios» e ineludibles para terminar con la situación de convivencia o con el vínculo matrimonial, no siendo posible culpar o atribuir a ninguno de los cónyuges la necesidad de acudir a la incoación del proceso correspondiente. Además, en la práctica las cuestiones que se ventilan de ordinario en los procesos de familia (incluidos los de modificación de medidas) son discutibles y dependientes en gran medida de la ponderación que se haga de numerosas circunstancias, de modo que puede predicarse en general que presentan serias dudas de hecho.

En el caso de autos no concurren ninguno de los dos argumentos que permiten el apartamiento del criterio del vencimiento del artículo 394 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la imposición de costas. El demandante, cuya pensión se fijó por la Audiencia Provincial con base en razones tales como su edad, experiencia y capacidad de iniciativa empresarial, se ha embarcado cuatro meses después de la sentencia en un proceso de modificación de medidas en el que no ha intentado siquiera acreditar que hayan cambiado esas circunstancias, por lo que no concurren las dudas de hecho aludidas, pareciendo más bien que lo que pretende es que se reconsidere, como si cupiera una tercera o cuarta instancia, lo ya resuelto en una sentencia firme.

Procede, por ello, la confirmación de la condena en costas en primera instancia.

En orden a las costas de segunda instancia la Sala en función de la naturaleza y características de las cuestiones objeto de debate y que en definitiva el recurso en esencia se ha circunscrito como se explica en el anterior fundamento de derecho a la revisión del juicio de ponderación del Juzgador de Instancia sobre la variación de circunstancias fácticas estima adecuado aunque se confirme la sentencia en todos sus extremos no hacer expresa condena en costas en esta alzada.

CUESTIONES PROCESALES

Las demandas presentadas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer antes de dictarse una resolución que ponga fin al proceso penal, mediante auto de archivo o sentencia absolutoria no modifican su competencia y por ello debe seguir conociendo del procedimiento matrimonial.

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, AUTO DE 16 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José M.ª Magaña Calle

Ya puede adelantarse que procede la revocación de la resolución combatida y declarar que el Juzgado competente para el conocimiento de la demanda de divorcio interpuesta en su día corresponde al Juzgado de Instrucción núm. 7 con competencias como Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y ello en base a lo que dispone el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil modificado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con el artículo 87 ter.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En primer lugar por cuanto el citado artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil nada dice de recuperación de la competencia en el caso de archivo o sentencia absolutoria en la causa penal, y por tanto es de aplicación en este caso el artículo 411 de la citada ley que consagra el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*.

Y en segundo lugar, por cuanto tal postura, ciertamente no pacífica en los primeros tiempos de andadura de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, viene siendo asentada no sólo por diversos grupos de expertos (como el

celebrado en la II seminario de formación de Jueces de Violencia sobre la Mujer celebrado en Santander los días 20 y 21 de octubre de 2005), sino sobre todo por las conclusiones del Grupo de Expertos del Observatorio de Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial que ya formalmente ha sugerido cambios de la Ley Orgánica 1/2004, para precisar sin ningún género de dudas que las demandas presentadas ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer antes de dictarse una resolución que ponga fin al proceso penal, mediante auto de archivo o Sentencia absolutoria no modifique la competencia civil que por ello debe perpetuarse.

Como en este caso es claro que el Juzgado de Violencia sobre la mujer recibe las actuaciones cuando el proceso penal aún está en trámite, por un delito de violencia de género, y por tanto se cumplían todos los requisitos que establece el artículo 87 ter.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste era competente de forma exclusiva y excluyente para la demanda de divorcio, competencia, que como queda dicho, en base al artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe perpetuarse.

CUESTIONES PROCESALES

No se conceden las litis expensas al no haber acreditado la solicitante la imposibilidad de obtener el beneficio de justicia gratuita.

AP PONTEVEDRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Jaime Esain Manresa

También debe refrendarse la desestimación de la reclamación deducida por la mujer en concepto de litis expensas, pues, en aplicación al caso de lo previsto en los artículos 1318 CC y 3 Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, y atendiendo a constante criterio jurisprudencial –por todas, SS AP Sevilla 10 de noviembre de 1999 y Asturias 16

de febrero de 2000–, cabe presumir carencia de suficientes bienes propios en la solicitante, descartándose su conducta temeraria o de mala fe, pero no se acredita la imposibilidad de obtener el beneficio de justicia gratuita, ni se vislumbra la inexistencia de haber ganancial que permita sufragar los gastos del procedimiento.

CUESTIONES PROCESALES

Condena en costas en el procedimiento de modificación de medidas que pretendía la extinción de la pensión alimenticia de la hija, ya que, aunque no hubo oposición, fue necesario tramitar todo el procedimiento, lo que podría haberse evitado con una simple comparecencia de la hija antes de celebrarse el juicio verbal.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Ángel Amez Martínez

Tras su valoración en conjunto y de forma ponderada, se viene ahora a coincidir con el mismo criterio resolutorio al que llegó el Juez *a quo* en su sentencia respecto a la cuestión ahora planteada por la recurrente como fundamento de su recurso. Y concretada dicha cuestión, en síntesis, a que no es ajustada a derecho la imposición de las costas procesales (y sin motivación razonada) a la ahora recurrente y a su hija en la sentencia recurrida, máxime cuando no se opusieron a la demanda.

No viniéndose a apreciar que, al respecto y por dicho Juzgador, se hubiere incurrido en la infracción de lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC a la hora de imponer las costas de primera instancia tanto a la ahora recurrente, como a su hija.

Así, el Juez *a quo* se limitó a dar acertado cumplimiento al principio general objetivo del vencimiento que establece dicho artículo 394 de la LEC, sin que el hecho de no oponerse a la demanda pueda ser tenido en cuenta para justificar una no imposición de las costas, ya que tal proceder procesal conllevó, necesariamente, a que la tramitación

del procedimiento tuviese que continuar desde su inicio hasta dictarse sentencia, máxime lo fácil y simple que hubiere sido, de haber estado conformes los demandados con la demanda como ahora afirma la recurrente, llevar a cabo una simple comparecencia en tal sentido antes de celebrarse el juicio verbal al que fueron citadas.

Y, si bien es cierto que en los procedimientos matrimoniales como el que nos ocupa, viene a existir un posicionamiento proclive a que pese estimarse la demanda se opte por no hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas. Ello viene a acontecer y limitarse a aquellos supuestos en los que afecta a pronunciamientos ya exclusivos o predominantes de tipo personal (como la separación, el divorcio, medidas relativas a la patria potestad, guarda y tutela, derechos de visitas, etc.), pero no cuando exclusiva, o primordialmente, se plantean cuestiones puramente económicas como es el caso (salvo, claro está, que el supuesto presentarse excepcionalmente serias dudas de hecho o de derecho a que se refiere el artículo 394.1 de la LEC).

CUESTIONES PROCESALES

No se estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque no hayan sido demandados los hijos mayores de edad, cuando se pretende la extinción de la pensión de alimentos que les fue fijada en anterior sentencia de separación. Análisis de la jurisprudencia menor en la que se exponen los argumentos por los que es el cónyuge demandado el único legitimado, tanto procesal como materialmente, para defender tal pretensión.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Souto Herreros

Por razones de pura lógica procesal ha de examinarse previamente el recurso formulado por la representación procesal de la Sra. María Rosa y así se reitera la invocación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandados los hijos mayores de edad del matri-

monio, dado que lo pretendido por el actor, entre otras cuestiones, es la supresión de las pensiones alimenticias que la previa Sentencia de separación establecía en su favor.

Es ya criterio reiterado por esta Sala, desde la Sentencia de 23 de octubre de 2001 la desestimación

de la excepción planteada, coincidiendo con el criterio prácticamente unánime de la más reciente jurisprudencia menor (por todas, las SSAP Las Palmas de 9 de noviembre de 2000 y de Ciudad Real de 26 de noviembre de 1997) que señala lo siguiente: «... que el proceso matrimonial tiene como partes necesarias y excluyentes a los cónyuges, a salvo la especialidad de la intervención del Fiscal en los casos en que es preceptiva. No hay, por tanto, posibilidad jurídicamente admisible de que en el mismo existan otros litigantes, aunque a pesar de que su posición jurídica puede verse afectada, y ello porque esa afectación nunca es directa sino derivada o refleja, de modo que no quedan comprometidos directa y definitivamente sus derechos por la decisión que se adopte. Así ocurre en el caso de los hijos mayores de edad, en atención a los cuales se adoptará la contribución económica que se discute en posterior proceso, pues no se constituyen éstos en titulares directos de la pensión alimenticia, para lo cual siempre tienen abierta la posibilidad de instar el correspondiente proceso, sumario u ordinario, de alimentos, sino que en el ámbito del proceso matrimonial se contempla la posición del cónyuge en cuya compañía quedan para definir en favor de éste un derecho a obtener lo correspondiente para atender las necesidades de aquéllos. Por eso es este cónyuge el único legitimado tanto procesal como materialmente, por cuanto a él sólo debe efectuarse el pago y administrar en atención al fin para el que la pensión se establece los fondos correspondientes». En la misma línea, cabe citar, entre otras muchas, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Cádiz de 1 de junio de 2000, de Ciudad Real de 10 de diciembre de 1999 y de Barcelona de 3 de diciembre de 1999. Más concretamente, la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz dispone al efecto que: «... no podemos despreciar el escollo que supone

la exclusiva legitimación que ostentan los cónyuges por tratarse de una modificación de medidas determinadas en una sentencia de divorcio, con arreglo a la cual, y así se desprende del convenio regulador, el cónyuge demandado (la esposa), es titular instrumental de la pensión alimenticia, ya que es aquél, la persona con la que quedarán los entonces menores bajo su guarda y custodia, compartiendo el hogar conyugal, y si la pensión alimenticia se prorroga con la mayoría de edad de los hijos al amparo del artículo 93.2 del Código Civil, el titular instrumental de la misma sigue siendo el cónyuge demandado, a quien de hecho se realizan los abonos económicos de lo que en su fijó como “carga matrimonial o familiar”. En segundo término, entendemos que, si no se discute actualmente la legitimación del cónyuge conviviente con el hijo mayor para reclamar la pensión alimenticia del artículo 93.2 sede de procesos matrimoniales, parece lógico, admitir dicha posibilidad a la inversa, cuando el cónyuge alimentante, trata de modificar lo acordado en su día, y hemos de admitir que, aunque obviamente la reducción puede afectar a los hijos mayores de edad que no han sido demandados, no cabe lugar a dudas de que existe indefensión al estar protegidos por la actuación del progenitor con quien conviven, quien, insistimos una vez más, es en definitiva instrumento de la asignación económica, pues ésta, no se confiere directamente a los hijos, aunque éstos sean los verdaderos titulares del derecho de alimentos, derecho que en modo alguno puede verse perjudicado por el modo en que se ha constituido la relación procesal, por la sencilla razón de que la resolución que se dicte, no produce efecto de cosa juzgada, y en el peor de los casos, si vieran abolida o aminorada su prestación en el proceso de modificación de medidas, nada impediría que se hiciera ulteriormente efectivo en un proceso independiente».

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose probado que el alimentista se ha incorporado al mercado laboral, y no siendo éste ni siquiera un hecho discutido entre las partes, no puede seguir adelante la ejecución de una obligación de pago que debería considerarse extinguida. Se estima la oposición a la ejecución. Aún siendo cierto que el proceso de ejecución no es el idóneo para suscitar modificaciones de medidas, lo que no puede aceptarse es que la modificación de las medidas adoptadas en un proceso matrimonial, requiera siempre de un proceso judicial para refrendarlo, pues es innecesario si no existe litigio sobre ese hecho entre las partes.

AP LA RIOJA, SEC. 1.ª, AUTO DE 19 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Félix Mota Bello

En la resolución mencionada se desestiman los argumentos de oposición esgrimidos por el ejecuta-

do, entendiéndose que ha de estarse a lo dispuesto en la sentencia ejecutoria y que solamente podría

variarse lo allí resuelto acudiendo al específico procedimiento de modificación de medidas, además de no ajustarse la causa de oposición invocada al enunciado del artículo 557.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, aún aceptando esencialmente este planteamiento que debe llevar a evitar la posibilidad procesal de que en sede del proceso de ejecución se susciten controversias que tiendan a modificar las medidas definitivas adoptadas en un proceso matrimonial, lo cierto es que no puede aceptarse, en términos absolutos, que la extinción de cualquiera de estas medidas deba producirse, necesariamente, en virtud de un proceso judicial. Más bien, al contrario, lo normal es que la sucesión de hechos implique variaciones que puedan no ajustarse a la previsión judicial, sin que resulte preciso el proceso de modificación para refrendarlo, salvo cuando

efectivamente existe una controversia o litigio entre los implicados. Así, es frecuente la variación de régimen de custodia o de visitas, sin ajustarse a lo sentenciado, la extinción de obligaciones económicas como la discutida en el presente caso, por el motivo anterior o por otras causas, como puede ser la concurrencia de un hecho extintivo.

En el caso analizado no viene a discutirse materialmente las circunstancias que conllevarían la extinción de la obligación alimenticia (artículo 152.3), al encontrarse incorporado al mercado laboral el alimentista, hecho que se acredita documentalmente y que ni siquiera ha tratado de negarse o controvertirse en la ejecución, al plantearse una defensa meramente formal que no puede aceptarse, sin más, como motivo para acordar que siga adelante la ejecución de una obligación de pago que debería considerarse extinguida.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No se estima como motivo de oposición la alegación de que la madre carece de legitimación para reclamar los alimentos del hijo, al no convivir ya con ella: la modificación de la medida acordada en la resolución que se ejecuta, no puede llevarse a efecto en el proceso de ejecución, sino que ha de resolverse a través del proceso de modificación de medidas.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, AUTO DE 21 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Fidela Leonor Cercas Domínguez

Por la representación procesal de don Sebastián se interpone recurso de apelación contra la resolución dictada por la Juzgador de instancia, estimando, en primer lugar que al no convivir el hijo mayor del matrimonio con la actora, ésta carece de legitimación para instar la ejecución de la sentencia con respecto a los alimentos debidos con relación al mismo.

Por la representación procesal de doña Daniela, se interesa la íntegra confirmación del Auto recurrido, al tratarse de un procedimiento de ejecución de títulos judiciales en el que no procede modificar las medidas acordadas en la resolución que se ejecuta, tal y como pretende el apelante, en relación a los alimentos debidos al hijo mayor.

Debe ser desestimada la petición formulada, en primer lugar, por la representación procesal

del apelante. De acuerdo con lo establecido en la resolución recurrida, cuyos acertados razonamientos damos por reproducidos en aras de la brevedad, la cuestión que se suscita, acerca la reclamación que se efectúa con respecto al hijo mayor del matrimonio, no puede sino ventilarse, en su caso, a través de la solicitud de modificación de las medidas contenidas en la resolución que se pretende ejecutar, no puede llevarse a cabo, en fase de ejecución de la misma. Extremo, que, por otra parte, se reconoce por el propio recurrente, al manifestar en su escrito de apelación, su voluntad de «modificación de medidas acordadas en Sentencia» (folio 177). Por lo que dicho motivo de recurso debe ser desestimado, al no ser éste el cauce procedimental adecuado para llevar a cabo lo pretendido.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se desestima como motivo de oposición a la ejecución el alegado pacto o promesa de no pedir, que no sólo no se ha documentado en instrumento público, sino que además está huérfano de prueba: el padre manifiesta, pero no prueba, que existió un acuerdo en base al cual él abonaría otros gastos no recogidos en el Convenio, y de esa forma pagaría el importe de la pensión de alimentos. Tampoco puede estimarse pluspetición por el hecho de que haya asumido, de forma voluntaria y al margen de la pensión, gastos que ascienden a 1.730,51 euros.

AP BALEARES, SEC. 3.^a, AUTO DE 27 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Roselló Llaneras

La resolución de instancia que, implícitamente, rechaza la oposición a la ejecución despacha en base en una sentencia de separación matrimonial y acuerda la continuación de la ejecución por la cantidad fijada en la demanda ejecutiva, intereses y costas, es recurrida en apelación por la parte ejecutada que reproduce todos y cada uno de los motivos de oposición alegados en la instancia, tanto de índole procesal como de fondo, como motivos de impugnación para interesar nueva resolución por la que se deje sin efecto la ejecución despacha o, en su caso, sea descontada la cantidad de 1.730,51 euros pagada a cuenta de la pensión alimenticia.

Descartados los motivos de oposición por defectos procesales, procede ahora resolver los que reiterados por motivos de fondo, comenzando por el pacto o promesa de no pedir –artículo 557.5.^a LEC–. La propia parte recurrente reconoce llana-

mente que dicho pacto no se halla documentado en instrumento público alguno, tal como exige para poder ser alegado como motivo de oposición a la ejecución de resoluciones judiciales el artículo 556.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunstancia más que suficiente para desestimar el motivo y, además, porque el pretendido acuerdo de los cónyuges mediante el cual el padre se haría cargo de una serie de gastos no incluidos en el convenio regulador de separación y de esta forma pagar la pensión alimenticia ha quedado huérfano de prueba. Por la misma razón debe rechazarse de nuevo la pluspetición fundada en el pago indiscutido de una serie de gastos por el padre, de forma voluntaria y al margen de la pensión alimenticia, por importe de 1.730,51 euros, que, según afirma, debe computarse como pago a cuenta de la pensión alimenticia como consecuencia del anterior acuerdo.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Como motivos de oposición a la ejecución sólo cabe articular los expresamente previstos en el artículo 556 de la LEC: se desestima la oposición basada en haber efectuado el pago en mano. Tampoco puede prosperar como motivo de oposición, el hecho de que el hijo accediera al mundo laboral, pues no es el trámite de ejecución el adecuado para modificar una sentencia firme, debiendo acudir al procedimiento de modificación de medidas para dilucidar si realmente se ha producido una alteración sustancial de circunstancias que permita la extinción de dicha pensión.

AP A CORUÑA, SEC. 4.^a, AUTO DE 7 DE JULIO DE 2006

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, tal y como se nos ha plantea-

do en esta alzada radica en la oposición a la demanda ejecutiva, que es formulada por la actora doña Celestina contra el demandado don Alfredo, rela-

tiva a las mensualidades impagadas desde abril de 2001 a junio de 2005 por importe de 6.618,2 euros. Seguido el procedimiento en todos sus trámites por el juez *a quo* se dictó auto desestimando la oposición, contra el que se interpuso el presente recurso de apelación, el cual no ha de ser estimado.

Contra la mentada pretensión pecuniaria sólo cabe articular como legítimo motivo de oposición a la ejecución despachada alguno de los expresamente previstos en el artículo 556 de la LEC, según el cual «si el título ejecutivo fuera una sentencia o una resolución judicial o arbitral de condena o que apruebe transacción o acuerdo logrados en el proceso, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de justificar documentalmente. También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público».

En el caso presente, por parte del demandado, ni se alega ni se justifica la concurrencia de ninguno de tales motivos de oposición, sino que se sostiene que los pagos se efectuaron en mano, extremo huérfano del más mínimo acreditamiento, y que dejó de hacerlo cuando el hijo accedió al mundo laboral en el mes de mayo de 2005, con un contrato «eventual por circunstancias de la producción», firmado el día 23 de dicho mes, con lo que lo que realmente se cuestiona es la mensualidad de junio de dicho año, pues en la demanda ejecutiva se reclaman las pensiones de alimentos hasta dicha mensualidad. Tiene razón el juez *a quo* que no es el trámite de ejecución de sentencia el adecuado para modificar

los efectos de una sentencia matrimonial firme, sino el del artículo 775 de la LEC que, a su vez, remite al artículo 770 de la misma, procedimiento precisamente al que acudió el actor, interesando en demanda el divorcio y la modificación de las medidas definitivas de la sentencia de separación que se ejecuta, y en cuyo suplico se postula que se declarase la extinción de la pensión desde la fecha en la que el hijo comenzó a trabajar, procedimiento en el que se dilucidará si se produjo la alteración sustancial de circunstancias (artículos 91 del CC y 775 de la LEC), que, por otra parte, para ser tenida en cuenta ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, tales como que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; permanente o duradera y no coyuntural o transitoria; que no sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituída con finalidad de fraude; y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en el que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas (Sentencias de 14 de diciembre de 1998 de la AP de Vizcaya; 9 de marzo de 1998 de la AP de Ciudad Real; 23 de noviembre de 1998 de la AP de Zaragoza; AP Alicante de 17 de septiembre de 1998; AP Madrid 2 de octubre de 1998; AP Albacete de 20 junio 1998; AP Asturias de 14 de octubre de 1998, AP Valencia de 24 de abril de 1998 entre otras muchas, o por ejemplo sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 15 de febrero de 2006, 12 de julio y 27 de diciembre de 2005, 22 de septiembre de 2004, 30 de abril, 19 de febrero de 2003, 9 de marzo, 25 de abril, 30 de mayo, 20 y 26 de junio de 2001, 29 de junio y 2 de diciembre de 1999, 17 de septiembre de 1998, 24 de abril de 1997 entre otras muchas).

REGÍMENES ECONÓMICOS

Excepción de litisconsorcio pasivo necesario al ejercitar una acción reivindicatoria sobre una finca ganancial sin que la esposa haya sido demandada: las reales o limitativas del dominio es inexcusable que se dirijan contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal. Tal situación no puede confundirse con la facultad que el artículo 1385.2.º CC concede a cualquiera de los cónyuges para defender bienes y derechos comunes: cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero pasivamente no han de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que debió ser dirigida contra los dos.

AP LA CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Betanzos, que estima

la acción reivindicatoria ejercitada, se alza la parte demandada, alegando, en primer término, diversas

excepciones de naturaleza procesal, cuales son litisconsorcio pasivo necesario por la falta de interpelación de la cónyuge del demandado, así como nulidad de actuaciones por indebida negación de la prueba pericial propuesta y negativa a conceder trámite de audiencia a las partes tras la práctica de la prueba en el juicio verbal, e igualmente instando la desestimación de la demanda por motivos de fondo. Un orden lógico de cosas nos exige analizar en primer lugar las excepciones de naturaleza adjetiva, en cuanto su estima dejaría imprejuizado el fondo del asunto mientras no se estableciese la legalidad procesal infringida.

En cuanto a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario la misma debe ser acogida. En efecto, es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo la que, a la hora de resolver sobre la ortodoxia jurídica de la constitución de la relación jurídica procesal, evitando el nacimiento de la siempre indeseable situación de litisconsorcio pasivo necesario, viene estableciendo que, cuando se trata del ejercicio de acciones reales contradictorias del dominio, es preciso la interpelación de ambos consortes, de forma tal que la demanda dirigida únicamente contra uno de ellos con exclusión del otro motiva la génesis de un defecto de tal clase. En este sentido, es paradigmática la STS de 25 de enero de 1990, que señala que, con respecto a las acciones reales contradictorias o limitativas del dominio, «es inexcusable la necesidad de que el tercero que se crea asistido de alguna de dichas acciones la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que su ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, según tiene declarado esta Sala (baste citar, por todas las demás, la Sentencia de 4 de abril de 1988)».

Igualmente participa de tal doctrina reiterada sin fisuras la STS de 23 de febrero de 1994, que distingue los supuestos siguientes, en los que es precisa la interpelación conjunta de ambos consortes:

«a) Cuando se trata de acciones reales contradictorias o bien tuitivas del dominio de los bienes de naturaleza ganancial [Sentencia de 4 abril 1988 entre otras];

b) Disposición de los bienes gananciales por uno de los cónyuges, sin consentimiento del otro, conforme a lo que se deja expuesto [Sentencias de 6 junio 1988 y 22 julio 1991];

c) Cuando se trata de la eficacia o ineficacia de una relación contractual y por tanto su resolución, en la que intervinieron ambos cónyuges de manera directa o indirecta, pero debida y suficientemente constatada, ya que ha de dirigirse la demanda contra los dos [Sentencia de 25 enero 1990, para no

construir incompleto el proceso, por defecto en la vocación de quienes deben ser demandados a efectos de integrarse en la dinámica del pleito».

De igual manera se expresa la sentencia también de dicho Alto Tribunal de 19 de marzo de 2001, que proclama que: «cuando se trata del ejercicio de acciones reales contradictorias o limitativas del dominio de los bienes gananciales, se hace necesario que aquel que se crea asistido de alguna de dichas acciones la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que el ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario».

En este mismo, sentido nos expresamos en sentencia de esta sección 4.^a de la Audiencia Provincial de 15 de abril de 2000, en la que señalábamos que: «En efecto, conforma un reiteradísimo pronunciamiento de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo el que viene sosteniendo que, con respecto a las acciones reales contradictorias o limitativas del dominio de los bienes gananciales, es inexcusable la necesidad de que el tercero que se crea asistido de alguna de dichas acciones la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que su ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (STS de 16 de febrero de 1987, 4 de abril de 1988, 25 de enero de 1990, 23 de febrero de 1994, 12 de marzo de 1997, 15 de febrero de 1999 entre otras muchas); por consiguiente ejercitándose en la litis una acción negatoria de servidumbre sobre una finca ganancial la interpelación de ambos cónyuges deviene esencial, sin que quepa confundir tal situación litisconsorcial con la facultad que el artículo 1385 párrafo segundo del Código Civil concede a cualquiera de los cónyuges para defender bienes y derechos comunes, que únicamente significa que cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que, por afectar ambos, debió ser dirigida contra los dos (STS 6 de junio de 1988, 26 de julio de 1993, 13 de julio de 1995 etc.)».

Pues bien, en el caso presente, tratándose de una acción reivindicatoria sobre una finca ganancial, titularidad y posesión del demandado y su esposa, litisconsorte omitida, procede su necesaria interpelación, lo que incluso aceptó la parte actora en el acto de la vista, estimándose en consecuencia el recurso de apelación.

Es cierto que el tratamiento del litisconsorcio pasivo necesario se prevé expresamente para el juicio ordinario en la audiencia previa (artículo 420 de la LEC), sin que nada se señale al respecto en el caso del juicio verbal, pero es procedente en virtud del principio de sanación de los actos procesales y

por razones de economía procesal aplicar analógicamente sus normas, de manera tal que su alegación se hará en la vista (artículo 443.2), oyéndose sobre la misma en dicho acto al demandante, y en el caso de que el Juez considerase que la interposición del litisconsorte omitido es imprescindible, para la debida constitución de la relación jurídico-procesal, se le dará al actor un plazo prudencial para la aportación de nueva demanda, haciendo, acto seguido, el Juez, un nuevo señalamiento para la vista. En el caso de que el actor no subsane dicho defecto, el Juez dictará auto de sobreseimiento del proceso por analogía con el juicio ordinario, a falta de disposición expresa en la regulación del juicio

verbal, contra el cual cabría recurso de apelación (artículo 455). Si el Juez no considera necesario que el litisconsorte omitido sea demandado se continuará el juicio, sin perjuicio de que la parte haga constar en acta su disconformidad a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga (artículo 443.3).

Procede pues decretar la nulidad de actuaciones con retroacción del trámite procedimental, concediéndose a la actora un plazo de diez días para presentar demanda contra la mujer del demandado, y en el caso de ser la misma aportada debe el Juez *a quo* señalar nueva data de celebración de vista con citación de ambos consortes.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede incluir en el inventario la vivienda que durante varios años constituyó el domicilio familiar, pues no se ha acreditado que el padre de la esposa, propietario de la misma, la donara a la sociedad de gananciales; no existe además escritura pública que es requisito necesario para la validez de la donación de inmuebles (artículo 633 CC). Haber desempeñado el cargo de presidente de la comunidad en nada afecta a la titularidad. El disfrute de la vivienda lo ha sido a título de precario, por lo que no procede incluir un crédito por las cuotas comunitarias, que son a cargo de quienes han disfrutado su uso.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

Don José Francisco pretende en relación con el piso sito en la C. [...], NÚM000, NÚM001NÚM002, y el bajo sito en la PLAZA000, se declare que pertenecen a la sociedad conyugal o, subsidiariamente, que existe un crédito de ésta contra el propietario por el valor actualizado de las obras y mejoras en ambos realizadas

En cuanto a la vivienda sita en la [...], NÚM000, NÚM001NÚM002, que constituyó domicilio conyugal durante varios años, y el bajo sito en la PLAZA000, pretende el recurso del demandado pertenecen a la sociedad de gananciales por donación del padre de dona Elvira. Ni existe escritura pública, conforme requiere el artículo 633 del Código Civil para la validez de las que tienen por objeto bienes inmuebles, ni se encuentran en el Registro de la Propiedad inscritas a nombre de titular distinto a don Gabriel. Naturalmente, ante esta

evidente ausencia de cualquier principio de prueba, no es posible el éxito de este primer motivo de la impugnación, puesto que el hecho de haber desempeñado el cargo de Presidente de la Comunidad de Propietarios en nada afecta a la correspondiente titularidad.

Subsidiariamente, se pide se tengan en cuenta las obras realizadas en ambos inmuebles para vivienda y bajo para su inclusión como crédito de la sociedad de gananciales frente al titular, es decir frente a don Gabriel, crédito en el que deberá incluirse el abono de los gastos comunitarios, ya que se acreditó fueron abonadas por el matrimonio. El disfrute del inmueble ha sido a título de precario, y el abono de los gastos comunitarios, así como los que se refieren a luz, agua, etcétera, se constituyen a cargo de quienes disfrutaron su uso, sin que pueda plantearse como crédito de la sociedad de gananciales.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Tiene carácter privativo la indemnización por despido percibida por la esposa cuando estaba a punto de concluir el proceso de separación: merece la consideración de privativa porque supone la «expropiación» del derecho al trabajo, que es genuinamente particular, y no tiene encaje en el artículo 1347.2.º CC.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

Doña Elvira pretende que se excluya del inventario el crédito de la sociedad frente a doña Elvira por importe de 4.758,97 euros que percibió por su cese en la empresa para la que prestó servicios.

La indemnización percibida por doña Elvira por importe de 4.758,97 euros lo fue como consecuencia del despido de la trabajadora del negocio en el que participaban ambos litigantes, Sidra Fanjul SL, motivado por el descenso de ventas que se dice producido, y que tiene lugar con efectos de 31 de octubre de 2003, momento este en el que el proceso de separación estaba a punto de concluir mediante la Sentencia de fecha 17 de noviembre de dicho año. Si bien existen varias resoluciones que señalan que, en función de las circunstancias que concurran, tales cantidades podrán considerarse como bienes privativos o gananciales, la Sentencia del TS de 22 de diciembre de 1999, en relación a una cantidad cobrada en concepto de prejubilación, señalaba: «sobre tales bases debe concluirse que la indemnización de que se trata participa de la naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual sería el salario futuro (artículo 1346.3 del Código Civil). En la misma dirección, y

a propósito de la cantidad percibida por un despido declarado improcedente, la de la Sección 6.ª de esta misma Audiencia de 20 de noviembre de 2000, tras reseñar la de la Sala Primera antes citada, señalaba: «este nuevo bien (en este caso, indemnización), que ingresa en el mismo patrimonio privativo al que previamente pertenecía el bien o derecho extinguido o expropiado, caso de producir rendimientos (frutos, rentas o intereses), habrán de reputarse gananciales por disposición del núm. 2.º del citado 1347, pero diferenciando en todo caso los frutos del derecho que los produce, pues según este último precepto, lo que se dice ganancial no es el propio trabajo considerado en sí mismo como un bien o derecho y cuya pérdida es lo que en el presente se indemniza, sino lo obtenido como consecuencia o por el trabajo o industria». Pues bien, las circunstancias mencionadas y el criterio jurisprudencial a que se acaba de hacer referencia aconsejan decidir que se trata de una cantidad que merece la consideración de privativa, porque supone la «expropiación» del derecho al trabajo, que es «genuinamente particular», con expresión del propio Tribunal Supremo, y que no tiene encaje en el apartado 2.º del artículo 1347 CC. En consecuencia, procede estimar este motivo del recurso de doña Elvira para excluir dicha cantidad como bien ganancial.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Procede incluir en el inventario las participaciones de una sociedad de la que el esposo fue socio fundador y administrador solidario, sin que pueda admitirse la alegación de que fueron vendidas constante el matrimonio y con el consentimiento de la esposa, pues ni se documentó en escritura pública (como exige el artículo 10 de los Estatutos de la mercantil), ni aparece contabilizado en los libros de contabilidad. Tal situación irregular no puede beneficiar a quien la ha propiciado, y era su obligación probar la realidad (artículo 217 LEC). Se obliga igualmente al esposo a rendir cuentas de la administración de tales participaciones.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

La actora pretende que se incluya en el inventario de bienes gananciales las participaciones sociales de

Coemastur SL se acuerde la obligación de don José Francisco de rendir cuentas de inmediato, y a partir

de la primera, cada cuatro meses, de la administración de sus participaciones en Coemastur, así como de los frutos y rendimientos desde la separación

En relación con la empresa Coemastur, de la que don José Francisco fue socio fundador y administrador solidario junto con los otros dos socios también fundadores desde la constitución en el año 1991 y hasta el año 2000, se pretende que las participaciones de las que era titular por un valor de tres millones de pesetas se incluyan en el inventario de los bienes gananciales, y que el mismo rinda cuentas de la administración detentada de las mismas. La defensa del demandado alegó la venta durante

el matrimonio con el pleno consentimiento de doña Elvira, pese a lo cual ni se documentó en escritura pública, como exige el artículo 10 de los Estatutos de la mercantil, ni aparece contabilizado en los libros, al menos no se ha conseguido acreditar lo contrario. Tal situación, irregular desde el punto de vista de la sociedad, no puede servir a quien pretenda su existencia y que perjudique al otro litigante, puesto que para ello debería haber probado la realidad, de conformidad con el artículo 217 de la LEC. Ello debe conducir a que se incluya en el activo de la sociedad ganancial dichas participaciones, así como la rendición de cuentas solicitada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El reconocimiento de deuda suscrito entre el esposo y su hermana en relación a un préstamo que aquélla le hizo a éste, no puede incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales al no haberse acreditado en forma la realidad del préstamo ni su inversión en el levantamiento de las cargas de la sociedad de gananciales.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña Marina De La Cruz Muñoz Acero

La problemática de litis se circunscribe únicamente a dilucidar si ha quedado acreditada no sólo la existencia del aludido contrato verbal de préstamo, sino también si el importe del mismo fue destinado a satisfacer gastos o cargas de la sociedad de gananciales, cuya probanza es indiscutible que corresponde al esposo, de conformidad con la normativa del *onus probandi* establecida en el artículo 217 LEC, al ser él mismo quien pretende la inclusión de dicha partida de debe en el inventario de la sociedad y, por consiguiente, devenir tales hechos en los constitutivos de su pretensión.

Y, analizando a tan fin exhaustivamente las actuaciones, vemos que, respecto a ello, únicamente consta el reconocimiento, por parte del hoy apelado, a su hermana, Elisa, de haber recibido a título de préstamo de la misma, estando casado con la recurrente, la cantidad de 3.000 euros en metálico, para con ello, según manifiesta, saldar una deuda que tenía pendiente con un dentista de la localidad de Badajoz, por el arreglo de la dentadura de la hija de ambos, y, con otra parte del dinero, destinarle al sostenimiento de la familia; reconocimiento que se plasma en el denominado «reconocimiento de la deuda», suscrito por ambos hermanos, que presenta en el acto de comparecencia señalado para la formación de inventario, y que lleva fecha de 26 mayo de 2005, sin que, sin embargo, en dicho

documento se especifique la fecha de dicho contrato, el importe de la referenciada deuda médica, el concepto exacto a que respondía, el nombre del médico acreedor, forma de pago o cualquier otra circunstancia explicativa de la aludida aplicación genérica, ni, menos aún, cuáles fueron aquellos otros gastos a los que se destinó el resto del dinero recibido a préstamo, y sin que, posteriormente, se integre dicho documento con otras justificaciones complementarias documentales, al no existir más probanza al respecto que la testifical de la prestamista que, como anteriormente hemos relatado, si bien adviera la realidad de dicho préstamo, manifiesta no recordar la fecha del mismo, que data, no obstante, entre 14 a 15 años.

Y, en este orden de cosas, vemos que dicho reconocimiento de deuda es el que surte plenos efectos probatorios, en la sentencia de instancia, del discutido crédito, al considerar el Juzgador de instancia que el mismo tiene eficacia constitutiva y expresiva de la causa generadora de la deuda en cuestión, lo que de manera alguna puede ser compartido por esta Sala, tras el examen exhaustivo de dicho documento, toda vez que dicho reconocimiento de deuda, en que se apoya la resolución apelada para dar por demostrada dicha deuda sin necesidad de mayores probanzas, es una figura jurídica atípica de nuestro ordenamiento jurídico y que

ha sido incorporada al mismo por la jurisprudencia, al amparo del artículo 1277 CC, que posee un carácter eminentemente contractual y en la que se presume la existencia y licitud de la causa mientras el deudor demandado no pruebe lo contrario, pero que, indudablemente, dicha existencia o licitud puede ser válidamente impugnada, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento unilateral de una deuda carece de aptitud para generar el nacimiento de una obligación exigible en sí misma con independencia de la causa que lo motivó (artículos 1089, 1255, 1261 y 1274 y ss. CC) amén que, desde otro punto de vista, bajo dicho concepto de reconocimiento de deuda pueden comprenderse figuras jurídicas muy distintas, ya que puede hablarse de reconocimiento de deudas con valor constitutivo, independiente de la causa, al que alude el juzgador de instancia, y de reconocimiento que sirve en suma únicamente para crear un instrumento para la demostración y prueba de tal deuda, siendo el título generador de la misma una situación jurídica anterior, en cuyo caso las declaraciones al respecto se sitúan en el ámbito de lo probatorio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1239 CC, teniendo, en definitiva, el valor de confesión extrajudicial y por ende sujeta a la libre apreciación de los tribunales según las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta los demás elementos probatorios (así STS de 28 de marzo de 1983; 24 de octubre 1984, entre otras).

Y esto último es concretamente el valor que ha de darse al precitado documento de litis, que, todo lo más, podría a la postre justificar la exigibilidad de la deuda en él reconocida, por parte de la prestamista a su hermano, pero no a la recurrente, que no intervino en su confección ni suscripción, ya que producida la dilución del régimen económico matrimonial por sentencia de separación de ambos litigantes, cuando se reconoció dicha deuda en el referenciado documento, de fecha 26 de mayo de 2005, es claro que no podía aquél vincular al otro cónyuge con dicho acto de reconocimiento, y, menos aún, puede servir tal documento para acreditar su pretendido derecho a ser reintegrado con cargo al haber ganancial por el importe del 50% en la referenciada cantidad, que dice haber invertido en deudas y cargas familiares y que, curiosamente, además, afirmó contradictoriamente (en un primer momento del proceso, cuando solicitó la inclusión de tal partida) ser una donación recibida de su hermana y bien privativo suyo, al que dotó de dicho carácter de ganancialidad, para después invocar el préstamo cuestionado que, como decimos, manifiesta que gastó en pagar los honorarios del médico dentista de su hijo y otras necesidades familiares, y que de manera alguna puede considerarse probado con tal mera manifestación o confesión

extrajudicial, producida cuando han transcurrido, según dice su hermana, 14 o 15 años y mediando una separación conyugal, por lo que es de concluir que el resultado de dicha probanza no puede ser favorable a la constatación pretendida del expresado crédito con cargo al haber societario, habida cuenta que no aparece probada la disposición de la expresada cantidad en beneficio de la sociedad conyugal, cual sería el único modo y manera de poder incluir dicha carga en el inventario a liquidar de ésta, y cuya acreditación, reiteramos, correspondería al apelado que, lejos de ello, ni siquiera alega elementos esenciales del cuestionado préstamo, cual sería la fecha del mismo, para evitar que la ambigua declaración al respecto de la prestamista conlleve la estimación de tener por prescrita la acción, en defensa de la seguridad de las relaciones jurídicas, ya que dicha falta de precisión en cuanto al *dies a quo* del cómputo del invocado plazo prescriptivo, conlleva forzosamente la carga de pechar con las consecuencias negativas o perjudiciales del no ejercicio oportuno del derecho de reclamación del reembolso de la suma dineraria prestada, que ni siquiera estaba documentada, cual es el modo usual de actuar en el tráfico mercantil, y, lo que es más impensable aún, sin exigir en tanto tiempo su devolución, llamando la atención que ahora, precisamente al separarse los litigantes, es cuando parece se produce su reclamación estando ya iniciado el proceso liquidatorio correspondiente, lo que inevitablemente aboca a sospechar dicha actuación como fraudulenta o abusiva pero que, en suma, escapa del estudio pertinente en el presente proceso, y deviene irrelevante al no ser el actual cauce el procedente para dilucidar y determinar de modo concluyente la realidad de tal préstamo, toda vez que lo único trascendente, en la resolución de la presente contienda, y a la los efectos que nos ocupan, es, como hemos expuesto, la expresada falta de probanza del destino del dinero recibido del préstamo aludido y, a la postre, el carácter ganancial de las deudas pagadas, para poder así incluirlas en el pasivo del inventario cuya formación ha originado el presente pleito, todo ello conforme a la normativa plasmada en el conocido axioma *actore non probante, neus est absolvendus*, y que es patente que ha de alcanzar mayor virtualidad en el presente supuesto si se tiene en cuenta la relación fraternal que une a los contratantes de la supuesta deuda ganancial, que en suma hace que devenga, por ilógica, descabellada la tesis del apelado y errónea de la atribución por el juzgador a un concreto elemento probatorio, cual es el llamativo reconocimiento de deuda, un valor que no puede serle atribuido y que bien pudiese ser simulado a los fines pretendidos.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La valoración de los bienes partibles ha de efectuarse con respecto al momento de practicarse la partición, y no al de la disolución de la sociedad de gananciales: desde la disolución hasta la liquidación pueden producirse incrementos o disminuciones patrimoniales que han de ser de riesgo y ventaja de los integrantes de la sociedad de gananciales.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Souto Herreros

Por lo que se refiere al momento de la valoración de los bienes, la doctrina jurisprudencial es reiterada en este sentido y puede sintetizarse en la expuesta por la STS de 25 de mayo de 2005, cuando afirma que: «resulta incontrovertible que la valoración de los bienes partibles (y a la liquidación de la sociedad de gananciales es aplicable en lo no previsto en el Capítulo IV del Título III del Libro IV del Código Civil lo establecido para la partición y liquidación de la herencia –artículo 1410 CC; STS de 16 de febrero de 1998–), habrá de efectuarse con relación al tiempo de practicarse la partición (artículos 847, 1045 y 1074 CC –“valor de las cosas cuando

fueron adjudicadas”–; Sentencias, entre otras, 23 de diciembre de 1993, 8 de julio de 1995 y 27 de octubre de 2000); (...) pues, con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, y durante el periodo intermedio hasta la liquidación, se forma una comunidad, de modo que los incrementos o disminuciones patrimoniales son de riesgo y ventaja de sus integrantes, quedando sujeta la parte que ostente la administración a las responsabilidades correspondientes. Por consiguiente, (...) para determinar la situación económica de los bienes partibles (...) habrá de estarse al tiempo de la partición y no al de la disolución de la sociedad de gananciales».

REGÍMENES ECONÓMICOS

Habiéndose hecho constar en la escritura pública de adquisición que es ganancial el solar sobre el que se encuentra la vivienda, y estando así inscrito en el Registro de la Propiedad, ha de presumirse su carácter ganancial, haciéndose extensiva tal presunción de ganancialidad del solar a la edificación efectuada sobre el mismo (artículo 1359 CC).

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Souto Herreros

El recurrente sostiene que debió excluirse de la partida del activo de la sociedad la vivienda sita en C/ (...) núm. NÚM000 por tratarse de un bien privativo, ya que el solar fue adquirido por la apelante por donación de su padre y asimismo la edificación realizada sobre el mismo tendría, por disposición legal, el carácter del bien sobre el que se construye.

El criterio de la Juzgadora de instancia ha de ser confirmado en este punto según lo expuesto en el Fundamento de Derecho segundo de su resolución pues, como bien afirma, con indepen-

dencia del negocio de adquisición o transmisión del solar, ha de presumirse (atendiendo a lo hecho constar en la escritura pública notarial de adquisición y al certificado del Registro de la Propiedad) el carácter ganancial del bien por mor de lo dispuesto en los artículos 1361 CC (presunción general de ganancialidad) en relación con lo dispuesto, ya en el artículo 1347.3.º CC, ya en el artículo 1353 CC. Esta presunción de ganancialidad del solar se extiende a la edificación efectuada sobre el mismo, según lo dispuesto en el artículo 1359 CC.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Valoración de las Viviendas de Protección Oficial: es consolidada la jurisprudencia que, en la liquidación de gananciales, ha de valorarse con arreglo a su valor real, pues de lo contrario se produciría enriquecimiento injusto de un cónyuge frente al otro, al ser ésta una calificación de carácter temporal, que podría incluso dejarse sin efecto mediante la correspondiente descalificación, pudiendo así ser vendida con arreglo a precios de mercado.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Nuria Zamora Pérez

Entrando en el fondo del proceso, ambas partes litigantes discrepan de la valoración que se atribuye a la que fuera vivienda familiar ubicada en la CALLE 000 núm. 12 3.ª de LLanes. Según don Lorenzo esa valoración ha de ser en los 145.229'01 euros, que se recoge en el informe pericial emitido por don Benedicto, arquitecto técnico, informe que aporta el apelante. Por el contrario la Sra. Olga pretende que tratándose de una Vivienda de Protección Oficial, sujeta a precio tasado, su valor no es otro que el precio fijado por la administración. Ambas alegaciones han de ser rechazadas.

Existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras Sentencias de 11 de julio y 16 de diciembre de 1995, 16 de mayo de 2000 y 14 de noviembre de 2002, a cuyo tenor, en sede de liquidación de sociedad de gananciales las Viviendas de Protección Oficial han de cuantificarse con arreglo a su valor real, de lo contrario se produciría el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges frente al otro, al ser ésta una calificación de carácter temporal, pudiendo dejarla sin efecto mediante la correspondiente descalificación y venderla con arreglo a precios de mercado.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

En el juicio verbal especial de oposición a la adopción, no se trata de dilucidar si los padres han de ser o no privados de la patria potestad, sino de constatar si están incurso en causa de privación de la patria potestad. Aunque no exista sentencia que prive a los padres biológicos de la patria potestad, de este pleito –en el que se constata el desamparo de los menores–, se concluye que los padres están incurso en causa para tal privación, por lo que no es necesario su asentimiento, sino la simple audiencia. Distinción entre consentimiento, asentimiento y mera audiencia (artículo 177 CC).

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José M.ª Rives Seva

Por la representación procesal de doña Carina se interpuso en su día demanda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por considerar necesario su consentimiento para la adopción de su hijos menores Yassim y María Cristina, que la Dirección Territorial en Alicante de la Consellería de Bienestar Social pretendía entregar en adopción, prosiguiéndose los trámites judiciales ante el Juzgado de 1.ª Instancia

núm. Ocho de la citada Ciudad de Alicante y que terminó con la Sentencia de 16 de enero de 2006, la ahora recurrida, en la que se establecía que no era necesario su asentimiento al encontrarse el mismo en situación de privación de patria potestad sobre los menores.

El artículo 177 del Código Civil determina, en cuanto al trámite de la adopción, que será necesario siempre el consentimiento de los adoptantes y de

los adoptandos mayores de doce años (apartado 1); el asentimiento de los padres del adoptado (apartado 2 núm. 2) a menos que estén privados de la patria potestad por sentencia firme, o incurso en causa legal para la privación; o simplemente ser oídos los padres que no hayan sido privados de la patria potestad pero cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción (apartado 3 núm. 1).

Desde este enunciado legal uno de los aspectos fundamentales de la adopción es el consentimiento, necesariamente previo a la decisión de la autoridad judicial, ya que en él se basará el Juez para aprobar o no la adopción. Sin embargo el Código Civil distingue entre el consentimiento, el asentimiento y la mera audiencia. El consentimiento es constitutivo del negocio familiar adoptacional, hasta tal punto que por aplicación del artículo 1261 del Código Civil, su ausencia motivará la inexistencia del negocio, y este consentimiento deben prestarlo a presencia del Juez tanto el adoptante o adoptantes como el adoptando mayor de doce años. El asentimiento no es más que el admitir como cierto o conveniente algo que otro ha afirmado o propuesto antes, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional complementando o dando fuerza operativa a aquélla, pero en ningún caso constituyéndola. El asentimiento habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez. La audiencia es simplemente la ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrecen a un interesado en juicio o expediente. Se trata de ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión, pero sin que la opinión de tales personas sea una declaración negocial básica ni constituya una *conditio iuris* de eficacia del negocio adoptacional. El trámite es obligatorio pero el resultado no es en modo alguno vinculante para el Juez.

En el caso presente nos hallamos ante el supuesto de la prestación del asentimiento por parte del padre biológico de los menores que se pretenden adoptar, no privado de la patria potestad porque no existe sentencia judicial que así lo determine, pero que tras la sentencia de este pleito se concluye que el mismo puede estar incurso en dicha situación de privación de la patria potestad, y por tanto ya no es necesario su asentimiento sino la simple audiencia. Lo que se trata de dilucidar entonces en estos momentos del recurso es si existe o no causa legal de la privación de la patria potestad, resuelta ya en sentido afirmativo por la sentencia de instancia.

Las Sentencias de esta misma Sala de 2 de febrero de 1998, 29 de abril de 1999, 10 de enero y 3 de diciembre de 2003, 19 de mayo de 2005, entre otras, expresaron que el interés del menor es efectivamente el que debe primar a la hora de ser apro-

bada o de denegar su adopción, pero no cabe duda que en la vigente regulación de dicha institución es requisito indispensable que la misma sea «asentida» o en definitiva «consentida» por los padres biológicos o naturales del adoptando, decisión que es de extrema trascendencia puesto que la adopción lleva consigo la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia anterior, cual señala el artículo 178 núm. 1 del Código Civil y que además es irrevocable, cual dispone a su vez el artículo 180 del mismo Cuerpo Legal. Además, ha de partirse del hecho o de la base de que los padres del adoptando, y en tanto no se demuestre lo contrario, serán los primeros que tratarán de velar por sus intereses y en el marco de las previsiones contenidas en el artículo 154 del Código Civil y que pueden ser por ello quienes más capacitados estarán para emitir a través del asentimiento a la adopción que se les requiere en el transcurso del expediente, un juicio de valor acerca de la oportunidad, conveniencia y procedencia de la adopción que haya sido instada a iniciativa de un tercero. Por ello, debe bastar el no consentimiento de los padres naturales para que la adopción no pueda ser judicialmente aprobada; pero es lo cierto que tal asentimiento dejará de ser requisito *sine qua non* para la adopción y no será en ningún caso preciso cuando los padres naturales hayan sido privados de la patria potestad o estén incurso en causa legal para tal privación.

Debe acreditarse en consecuencia por las partes en este juicio verbal especial que regula actualmente la Ley de Enjuiciamiento Civil, con total precisión y sometidos al principio de contradicción, los hechos en que se ha de basar el juzgador para llegar a un determinado pronunciamiento, según lo alegado y probado, y resuelto de forma fundada en consonancia con la trascendencia de la decisión que se le interesa.

Y precisamente de lo que se ha actuado en el procedimiento no puede decirse que la madre natural de los adoptandos e instante de su «consentimiento» para la adopción haya velado oportunamente por los intereses de sus hijos y en el marco de las previsiones contenidas en el ya citado artículo 154 del Código Civil, en el ejercicio de su patria potestad.

Basta repasar el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia para darnos cuenta de la grave situación de desamparo que han sufrido los menores por parte de la madre biológica, situación y actos que ya han sido valorados de forma oportuna por el juzgador de instancia para que la Sala tenga que hacer una mera repetición de los mismos; y actos a los que la parte recurrente nada contradice ya que su recurso se limita a manifestar su desacuerdo por la política de hechos consumados de la Generalitat Valenciana, y hemos de recordar

que la situación de desamparo no está siendo discutida; y por otra parte, si la aptitud de la madre para el ejercicio de la patria potestad está centrada en la cartilla de vacunación, como dice el Ministerio Fiscal ello no basta para desvirtuar los argumentos de la sentencia, la que, en definitiva la Sala acepta en su integridad.

Por todo lo dicho y por la prueba practicada en los autos, y además por coherencia con el informe del Ministerio Fiscal, parte especialmente objetiva en el caso, debe llegarse a la misma conclusión que lo hizo el juzgador de instancia en su sentencia, teniendo en cuenta que no se trata en la presente resolución de dilucidar si debe ser privado o no de la patria potestad el oponente, aunque exista

constancia de una verdadera dejación de las obligaciones inherentes a aquélla como son las de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, sino simplemente si el padre está incurso en causa legal suficiente para aquella privación, lo que así se determina y debe ser confirmado. Solamente con el añadido, para reforzar esta tesis, de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987 en cuanto que la adopción se rige por el principio del *favor filii*, y el prudente arbitrio judicial, inmediato y próximo al supuesto planteado, es el que mejor puede y debe valorar lo más conveniente para el adoptado. Lo que podrá valorar el de instancia en el trámite de la audiencia.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El momento para apreciar si la madre está incurso en causa de privación de la patria potestad es aquél en que aún la tenía atribuida y fue suspendida en la misma. La paternidad biológica no otorga un derecho absoluto a su ejercicio y ha de ceder ante el principio del interés del menor. No ataca la recurrente la situación de abandono que se produjo, limitándose a pedir una nueva oportunidad y criticar la actuación de la entidad pública: constatado el desamparo sufrido por los menores, sólo ha de ser oída en el expediente de adopción.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Montalbán Avilés

Frente a la sentencia dictada en la instancia, por la que se acuerda que la recurrente tan sólo debe ser oída en el expediente de adopción que ante el Juzgado se sigue, se interpone recurso de apelación impetrando la revocación de dicha sentencia y el dictado de otra por la que declare necesario su consentimiento. La cuestión a dilucidar como acertadamente recoge la sentencia apelada se reduce a determinar si la recurrente se encuentra incurso en causa legal para la privación de la patria potestad o no, artículo 177.2.2.º CC. Lógicamente el momento para enjuiciar tal cuestión es aquél en que aún la tenía atribuida la recurrente y fue suspendida en la misma. El juicio de valor procedente tan sólo puede hacerse respecto a quien está ejerciendo la patria potestad, de otra manera tan sólo se aventuraría una mera hipótesis.

Con argumentos más propios del expediente de adopción que de este incidente, articula la apelante un recurso básicamente sobre la descalificación de los Servicios de Protección del Menor, que al

parecer aprecian situaciones de desamparo que mayoritariamente no existen, o son incapaces de administrar las necesidades carenciales proveyendo soluciones compatibles con las mermas que sufren los padres biológicos. Pues bien, aunque no es el recurso el sitio propio para discusión de generalidades, su invocación exige una mínima respuesta. Respecto a los Organismos de Protección del Menor y en cuanto integrados por funcionarios públicos especializados, ha de partirse de su solvencia y desde luego de su absoluta imparcialidad para valorar situaciones de desamparo y la oportunidad de la adopción. Por lo demás la paternidad biológica no otorga un derecho absoluto a su ejercicio y ha de ceder ante el que hoy es un principio indeclinable en la legislación nacional y supranacional, esto es el interés del menor.

Por lo demás, el recurso, sin centrarse a combatir el abandono apreciado que constituye el núcleo de la resolución que se impugna, se empeña en desvalorar el juicio de los técnicos que depusieron en

la vista. Así considera en primer lugar que el hecho de que el Técnico Sr. Jesús Ángel pudiera considerar traumática la vuelta de las menores a la familia de origen, no es más al parecer que la demonización de un hecho que la recurrente considera al parecer intrascendente.

Pues bien, ni siquiera es preciso ser un técnico para comprender el desasosiego que, como mínimo, puede causarle a unas menores que fueron abandonadas, con el contenido que en derecho tiene tal término, la vuelta junto a quienes tuvieron un comportamiento que provocó su acogimiento. El rechazo de las menores a situaciones vividas de forma traumática parece connatural a la persona. Así frente al «efecto devastador» que, la testigo Sra. Carmen, psicóloga de la Sección de Acogimiento y Adopción, dijo tendría para las menores la vuelta a la familia de origen, argumenta la recurrente y pide una nueva oportunidad para la madre biológica. Pues bien, no es éste un campo experimental, ni son las menores criaturas con las que deba tenerse en cuenta algo más que su interés preponderante. Por último y tras valorar declaraciones de los técnicos testigos considera el recurrente, que a las menores se las aliena para que rechacen a la familia de origen, disponiéndolas a la adopción. El juicio de valor quedará en este caso sin comentario alguno.

En definitiva y en lo que aquí importa, la severa crítica a la adopción y a los procedimientos para llegar a la misma en nada influye en la resolución que se recurre. No ataca la recurrente el único punto que aquí importa, si se produjo o no situación de abandono, en aras a resolver sobre la necesidad de consentimiento. De cualquier forma la respuesta ha de ser positiva, junto a los extensos informes psicosociales, resoluciones administrativas y sentencia que así lo aprecian, quedan en pie dos hechos, la partida del domicilio de la madre dejando a las niñas con la abuela, quien hubo de solicitar a la Administración que se hiciera cargo de las mismas, lo que ocurre en junio de 2003, sin que vuelva a interesarse por las mismas hasta marzo de 2004 y eso a petición de los técnicos, sin que mostrara interés o afecto hacia las mismas. En segundo lugar el establecimiento de un régimen de visitas que la madre tarda cinco meses en cumplir, haciéndolo después de forma irregular. Es decir, no solamente existió la situación de abandono hasta la intervención de la Administración, sino que incluso se prolongó después, motivando finalmente la suspensión del régimen de visitas por Auto de esta misma Sala de 15 de marzo de 2005. Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Aunque los padres biológicos no estén privados de la patria potestad por sentencia judicial, no es necesario su asentimiento para la adopción, pues en este proceso de oposición a la adopción se demuestra que están incursos en causa legal de privación de la patria potestad: los padres lo desatendieron, motivando una situación de desamparo y luego el acogimiento familiar preadoptivo, que es totalmente beneficioso para él, hasta el extremo que una vuelta atrás le resultaría perjudicial.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José M.ª Rives Seva

Por las representaciones procesales respectivamente de don Cristóbal y doña Fátima se interpusieron en su día demandas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por considerar necesario su consentimiento para la adopción de su hijo menor Luis Enrique, que la Dirección Territorial en Alicante de la Consellería de Bienestar Social pretendía entregar en adopción, prosiguiéndose los trámites judiciales ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. Ocho de la citada Ciudad de Alicante y que terminó con la Sentencia

de 15 de septiembre de 2005, la ahora recurrida, en la que se establecía que no era necesario el consentimiento de los padres biológicos al encontrarse los mismos en situación de privación de patria potestad sobre el menor.

El artículo 177 del Código Civil determina, en cuanto al trámite de la adopción, que será necesario siempre el consentimiento de los adoptantes y de los adoptandos mayores de doce años (apartado 1); el asentimiento de los padres del adoptado (apartado 2 núm. 2) a menos que estén privados de la

patria potestad por sentencia firme, o incursos en causa legal para la privación; o simplemente ser oídos los padres que no hayan sido privados de la patria potestad pero cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción (apartado 3 núm. 1).

Desde este enunciado legal uno de los aspectos fundamentales de la adopción es el consentimiento, necesariamente previo a la decisión de la autoridad judicial, ya que en él se basará el Juez para aprobar o no la adopción. Sin embargo el Código Civil distingue entre el consentimiento, el asentimiento y la mera audiencia. El consentimiento es constitutivo del negocio familiar adoptacional, hasta tal punto que por aplicación del artículo 1261 del Código Civil, su ausencia motivará la inexistencia del negocio, y este consentimiento deben prestarlo a presencia del Juez tanto el adoptante o adoptantes como el adoptando mayor de doce años. El asentimiento no es más que el admitir como cierto o conveniente algo que otro ha afirmado o propuesto antes, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional complementando o dando fuerza operativa a aquélla, pero en ningún caso constituyéndola. El asentimiento habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez. La audiencia es simplemente la ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrecen a un interesado en juicio o expediente. Se trata de ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión, pero sin que la opinión de tales personas sea una declaración negocial básica ni constituya una *conditio iuris* de eficacia del negocio adoptacional. El trámite es obligatorio pero el resultado no es en modo alguno vinculante para el Juez.

En el caso presente nos hallamos ante el supuesto de la prestación del asentimiento por parte de los padres biológicos del menor que se pretende adoptar, no privados de la patria potestad porque no existe sentencia judicial que así lo determine, pero que tras la sentencia de este pleito se concluye que los mismos pueden estar incursos en dicha situación de privación de la patria potestad, y por tanto ya no es necesario su asentimiento sino la simple audiencia. Lo que se trata de dilucidar entonces en estos momentos del recurso es si existe o no causa legal de la privación de la patria potestad, resuelta ya en sentido afirmativo por la sentencia de instancia.

Las sentencias de esta misma Sala de 2 de febrero de 1998, 29 de abril de 1999, 10 de enero y 3 de diciembre de 2003, 19 de mayo de 2005, entre otras, expresaron que el interés del menor es efectivamente el que debe primar a la hora de ser aprobada o de denegar su adopción, pero no cabe duda que en la vigente regulación de dicha institución es requisito indispensable que la misma sea «asentida»

o en definitiva «consentida» por los padres biológicos o naturales del adoptando, decisión que es de extrema trascendencia puesto que la adopción lleva consigo la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia anterior, cual señala el artículo 178 núm. 1 del Código Civil y que además es irrevocable, cuál dispone a su vez el artículo 180 del mismo Cuerpo Legal. Además, ha de partirse del hecho o de la base de que los padres del adoptando, y en tanto no se demuestre lo contrario, serán los primeros que tratarán de velar por sus intereses y en el marco de las previsiones contenidas en el artículo 154 del Código Civil y que pueden ser por ello quienes más capacitados estarán para emitir a través del asentimiento a la adopción que se les requiere en el transcurso del expediente, un juicio de valor acerca de la oportunidad, conveniencia y procedencia de la adopción que haya sido instada a iniciativa de un tercero. Por ello, debe bastar el no consentimiento de los padres naturales para que la adopción no pueda ser judicialmente aprobada; pero es lo cierto que tal asentimiento dejará de ser requisito *sine qua non* para la adopción y no será en ningún caso preciso cuando los padres naturales hayan sido privados de la patria potestad o estén incursos en causa legal para tal privación.

Debe acreditarse en consecuencia por las partes en este juicio verbal especial que regula actualmente la Ley de Enjuiciamiento Civil, con total precisión y sometidos al principio de contradicción, los hechos en que se ha de basar el juzgador para llegar a un determinado pronunciamiento, según lo alegado y probado, y resuelto de forma fundada en consonancia con la trascendencia de la decisión que se le interesa.

Y precisamente de lo que se ha actuado en el procedimiento no puede decirse que los padres naturales del menor e instantes de su «consentimiento» para la adopción hayan velado oportunamente por los intereses de su hijo y en el marco de las previsiones contenidas en el ya citado artículo 154 del Código Civil, en el ejercicio de su patria potestad. Basta acudir al expediente administrativo y a los informes sociales que constan en el mismo para observar cómo desde siempre los padres desatendieron el cuidado del hijo, en situación legal de desamparo desde el año 2001 y ratificado judicialmente por sendas sentencias de 2002 yalzada de 2004, permaneciendo de esa forma hasta que la autoridad administrativa decidió avanzar en su propia atención, primero por la figura del acogimiento familiar preadoptivo, acordado por resolución de 11 de junio de 2004, y ahora con la inicial solicitud de expediente de adopción, que, por otra parte, y como así se hace constar expresamente por el juzgador de instancia, y cuya valoración de la prueba debe aceptar esta Sala, es totalmente beneficiosa

para el menor y hasta el extremo de que una vuelta atrás en su situación no le sería beneficiosa.

Por todo lo dicho, por la prueba practicada en los autos, y además por la no oposición del Ministerio Fiscal, parte especialmente objetiva en el caso, debe llegarse a la misma conclusión que lo hizo el juzgador de instancia en su sentencia, teniendo en cuenta que no se trata en la presente resolución de dilucidar si debe ser privado o no de la patria potestad el oponente, aunque exista constancia de una verdadera dejación de las obligaciones inherentes a aquélla como son las de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos,

educarlos y procurarles una formación integral, sino simplemente si el padre está incurso en causa legal suficiente para aquella privación, lo que así se determina y debe ser confirmado. Solamente con el añadido, para reforzar esta tesis, de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987 en cuanto que la adopción se rige por el principio del *favor filii*, y el prudente arbitrio judicial, inmediato y próximo al supuesto planteado, es el que mejor puede y debe valorar lo más conveniente para el adoptado. Lo que podrá valorar el de instancia en el trámite de la audiencia.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No es necesario el asentimiento de la madre para la adopción al estar incurso en causa de privación de la patria potestad. Aunque alegue que no existió incumplimiento de sus deberes, sino imposibilidad de cumplirlos, lo decisivo es que se produjo el efectivo incumplimiento y ello afectó a los menores que estuvieron desasistidos durante años. Cierta mejoría de la madre no afecta a tal decisión, pues supondría propiciar una resolución fundada en una apariencia carente de solidez con el consiguiente riesgo del futuro de los hijos. Requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para la privación de la patria potestad.

AP LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier José Morales Mirat

Fundamenta su recurso la actora, en procedimiento seguido a amparo de lo dispuesto en el artículo 781 LEC y que tiene por objeto determinar si es necesario el asentimiento de la actora en la adopción, en el hecho de no encontrarse la misma en causa de privación de la patria potestad sino que la misma se vio en la imposibilidad de ejercerla como consecuencia de haber estado inmersa en el mundo de la droga así como privada de libertad por causa penal, manifestando que en la actualidad, al haber desaparecido dichas causas puede perfectamente asumir las obligaciones derivadas de la patria potestad y está dispuesta a hacerlo. El recurso no puede prosperar pues se limita en el mismo a reproducir los argumentos ya expuestos en su demanda y que fueron objeto de estudio y rechazo por el Juzgador de instancia con argumentos que esta Sala, por considerarlos conforme a derecho, comparte y asume entendiendo, sin embargo necesario añadir a lo ya manifestado por el Juzgador el hecho de que para la privación de la patria potestad el Tribunal Supremo ha establecido una serie de criterios que han de tenerse presentes a la hora de adoptar dicha medida manifestando, en primer lugar que el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (entendiendo por tales los comprendidos en el artículo

154 CC, del que destaca el «deber de velar») ha de ser grave o de notoria importancia (STS de 6 de julio de 1996); en segundo lugar que sólo se puede acudir a dicha medida si en caso de incumplimiento grave y teniendo en cuenta el interés del menor no pueda acudirse a otra medida de menor entidad (18 de octubre de 1996); en tercer lugar que lo que hay que valorar no es la existencia de culpabilidad en la conducta incumplidora del progenitor sino en el propio incumplimiento y la afección en el interés del menor (STS de 20 de enero de 1993) y, en cuarto lugar debe valorarse la desasistencia moral y material padecida por el hijo menor (si ha contribuido en su formación, si se ha relacionado o mantenido un vínculo más o menos permanente, si ha cumplido su obligación de alimentos) desasistencia que debe entenderse no en cuanto a la situación real del menor, pues estos deberes serán cumplidos por el otro progenitor, sino en relación a la actuación del progenitor respecto al cual se pretenda la privación de la patria potestad. La actora manifiesta que en el presente caso no existió un incumplimiento de los deberes familiares sino una imposibilidad de cumplimiento, extremo este que —y aparte de que dicha imposibilidad parece ser dependió de la propia conducta de la actora la cual propició, en todo

caso, la imposibilidad alegada— no puede afectar a la decisión tomada pues se produjo el efectivo incumplimiento y el mismo afectó a los menores. La madre desde el nacimiento de la hija Crisol, ocurrida el 31 de julio de 2001, se desentendió de la misma hasta el extremo de que fue declarada en situación de desamparo el 20 de agosto de 2001 al igual que se desentendió de su otra hija Gloria la cual fue igualmente declarada en situación de desamparo el 23 de mayo de 2000, habiendo nacido el 23 de marzo de 1999, y es una vez iniciado el expediente de adopción cuando la madre parece aceptar y pretender estar en condiciones de asumir los deberes inherentes a la patria potestad, admitir eso sería desconocer toda su conducta anterior y durante años con la menor para fijarnos exclusivamente en

la situación existente al momento de su audiencia, lo que llevaría a poner en riesgo el futuro del menor al propiciar una resolución fundada posiblemente en una apariencia carente de solidez. Por ello no es ya en rigor relevante si la madre recurrente ahora está mejor, ya no se droga, puede obtener ingresos y va a contraer matrimonio, porque esa realidad actual, aún acreditada, no puede prevalecer sobre la existente de hace años durante los cuales hizo dejación de sus obligaciones y motivó que sus hijas vivieran en una institución haciendo necesario decretar su acogimiento, proceso este que ha durado años en los que la madre ahora recurrente no ha cumplido sus obligaciones ni ha ofrecido a sus hijas un marco de convivencia adecuado.

FILIACIÓN

Se desestima la demanda en reclamación de paternidad extramatrimonial con respecto a un señor ya fallecido: al haber sido incinerado, no pudo practicarse la prueba biológica de paternidad, sino sólo la consistente en comparar una muestra de sangre del actor con la de un hermano del fallecido: lo único que se extrae de esa prueba es que los varones de esa rama familiar son parientes. No existe la necesaria certeza para declarar tal paternidad, máxime cuando el fallecido tenía otros dos hermanos, y tampoco existen otras pruebas para concluir la existencia de relaciones íntimas entre la madre del actor y el finado.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Casero Alonso

Por la representación de don Carlos Manuel se formuló demanda en reclamación de la declaración de su filiación extramatrimonial respecto de don Juan Ramón, ya fallecido, y como fruto de la relación afectiva que aquél mantuvo con su madre doña Esther. La demandada, doña Estela, viuda de don Juan Ramón e instituida por éste en su única y universal heredera, se opuso a la demanda, y el tribunal de la instancia falló apreciándola y, frente a ello, se levanta la demandada quien, en suma, lo que reprocha a la recurrida es una defectuosa valoración de la prueba.

La sentencia recurrida basa su declaración estimatoria de la paternidad en una prueba biológica y en las declaraciones de los testigos que, juntos, constituyen todo el acervo probatorio del proceso.

La peculiaridad del caso está en que la prueba biológica aportada, siempre decisiva y relevante, no es de paternidad. En efecto, don Juan Ramón fue incinerado, de suerte que la prueba biológica consistió en la comparación entre una muestra de

sangre del actor y de un hermano del fallecido, don Jesús Miguel, resultando que no se aprecia diferencia de haplotipos entre uno y otro, de forma que, continúa el informe, «ambos están emparentados vía paterna» (folio 14).

Doña María Luz, quien suscribió el informe, es después interrogada y precisó que lo que con la dicha afirmación se quiere decir es que todos los varones de esa rama familiar son parientes, que el actor y don Jesús Miguel tienen un parentesco directo vía paterna y que no se aplicaron los predicados de K. Hummel determinando la probabilidad de paternidad porque no se estudió una paternidad sino una filiación vía paterna (folio 75), es decir, una herencia genética común con relación al tronco paterno de don Jesús Miguel y, por tanto, también del fallecido don Juan Ramón.

El artículo 767.2 y 3 de la LEC, como antes lo hicieran los artículos 127 y 135 de la LEC, establecen un principio de libertad de prueba fundado, a su vez, en el de búsqueda de una verdad material de

la filiación y la posibilidad de acudir tanto a pruebas directas como indirectas (STS de 24 de febrero de 2005, RA 2912).

La prueba biológica de la paternidad es una prueba directa, pero en este caso no se trata de ese tipo de prueba sino de otra también biológica, pero indirecta, en cuanto no dirigida directamente a la determinación de la paternidad sino a la inclusión del accionante dentro del haz de personas cuya herencia genética es común a los parientes de una rama familiar y procedentes del mismo tronco.

Aún así su valor probatorio no deja de ser relevante en cuanto que establece una indudable vinculación genética entre el reclamante de la filiación y los parientes de dicho tronco, entre los cuales se incluye aquél respecto del que se pretende la paternidad, reduciendo el círculo de posibles progenitores, a la vez que, dada la evidente importancia y fiabilidad que se otorga a este tipo de pruebas, conjura el riesgo de rechazo inicial de toda posible razón de filiación con el finado, pasando a adquirir notable relevancia el resto de las prueba indiciarias practicadas y su valoración, todo ello en orden a decidir lo capital, cual es si, efectivamente, entre aquél y la madre del accionante existieron relaciones afectivas e íntimas determinantes de la gestación del accionante.

En el caso, según manifestó el propio actor, el finado tenía otros tres hermanos (Pedro Miguel, Rosendo y Jesús Miguel), pero el tribunal de la instancia encuentra relevante sus declaraciones y las de los testigos para declarar la filiación.

Al respecto, aprecia como significativo que el accionante conozca detalles y circunstancias íntimas y personales del fallecido que «indican un conocimiento profundo» de su vida.

Sin embargo, no comparte la Sala esa apreciación. El actor explicó que se fue a vivir a los 16 años a Avilés y que el finado y él eran vecinos. En estas circunstancias, conocer que tenía otros tres hermanos y el defecto físico que le aquejaba no se entiende ilustrativo de un conocimiento de la vida íntima del finado, indicativo de una relación afectiva y un trato que supere el que resulta de una relación de vecindad.

Antes al contrario, a pesar de la vecindad, el actor afirmó que mientras vivió en Avilés no tuvo relación alguna con don Juan Ramón.

El otro apoyo probatorio que lleva a la afirmación de la filiación está en la declaración de testigos. Éstos fueron la madre del actor, don Jesús Miguel, el hermano del finado, y doña Soledad, una vecina.

Doña Esther, madre del actor, se manifestó parca, limitándose a afirmar que don Juan Ramón la cortejaba sin llegar a convivir juntos, que esto ocurrió allá por el año 60 y que de la familia del finado sólo mantuvo contacto con la mujer de don Jesús Miguel.

Don Jesús Miguel afirmó conocer de la primogenitura de su hermano respecto del actor porque así se lo dijo aquél, pero tampoco hizo manifestación alguna concreta respecto de la relación sostenida entre la madre del actor y su hermano aportando algún detalle sobre ello. Eso sí, llegó a afirmar que don Juan Ramón mantuvo relaciones y comunicación con el actor y así los vio en La Carriona y Avilés cuando, ya se ha dicho, esto fue negado por el actor, siendo además de advertir que dejó constancia de su desacuerdo con el fallecido en contraer matrimonio con la hoy demandada.

Por último, doña Soledad se limitó al relato de una anécdota: que un día preguntó a don Juan Ramón adónde iba y que éste le dijo que a Oviedo a ver a su hijo.

Escaso bagaje el descrito para concluir sobre la existencia de relaciones íntimas entre la madre del actor y el finado. Tan escasos como que no hay referencia directa alguna a hechos concretos u otras circunstancias comunes a tales eventos vitales, sino que al fin consisten en la pura afirmación del hecho debido de demostrar a través de la prueba cuál es la paternidad del finado.

Esa misma parquedad se aprecia tanto respecto de la vida del finado (no se explica, por ejemplo, su presencia en Oviedo, donde residía la madre del actor), como respecto de sus parientes (por don Jesús Miguel conocemos que su hermano Pedro Miguel murió hace unos 8 años y veintitantos su hermano Rosendo y que éste residió en Palencia) y ello debilita la fuerza probatoria inicial e indirecta de la prueba biológica citada.

Por ello es que debe de estimarse el recurso, pues no se puede tener acreditado, con la necesaria certeza, la filiación que se reclama y, por ello, procede la revocación de la sentencia recurrida y la desestimación de la demanda.

Aún así, no procede imposición de las costas de la instancia al actor pues se entienden las dudas que suscita el hecho y carácter fundado a su reclamación que otorga el resultado de la prueba biológica practicada a su instancia.

OTRAS CUESTIONES

Se deniega la autorización para enajenación de bienes de una persona incapaz, pues no se justifica la necesidad o utilidad porque uno de los hijos de la incapacitada tenga dificultades económicas para la compra de una vivienda. Dicho motivo es insuficiente, pues la venta ha de obedecer al interés de la incapaz, sin perjuicio de lo que resultare en otro proceso para resolver conflictos entre comuneros. Teniendo los hijos la nuda propiedad, y la madre incapaz el derecho de usufructo, el derecho de ésta no se limita al uso, sino que abarca el arrendamiento e hipoteca, que pudiera llegar a ser conveniente frente a futuras necesidades.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, AUTO DE 7 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José M.ª Moreno Montero

En nombre de don Jesús Miguel se apela del Auto del Juzgado de 1.ª Instancia Núm. Uno de don Benito de 14 de noviembre de 2006 en los autos núm. 567/05, sobre autorización para la enajenación de bienes de persona incapacitada, promovidos por dicho apelante, resolución en que se acordaba denegar la autorización para la venta de determinados bienes. El Ministerio Fiscal se opone al recurso.

El recurso ha de ser desestimado. La solicitud de autorización judicial para la enajenación de ciertos bienes inmuebles de la incapaz por su tutor e hijo, ahora apelante, no se ha pretendido justificar más que, como reza en el escrito inicial del procedimiento, por razón de la situación económica de los hijos de aquélla, en particular de uno de ellos, del que se afirmaba tenía dificultad económica para la compra de una vivienda en la población donde reside y trabaja. Sin embargo, el pretendido motivo es a todas luces insuficiente para que se autorice una enajenación que, tratándose de los bienes de un incapacitado, ha de obedecer fundamentalmente al interés de éste, el cual es la base del principio superior que rige en el asunto, como se recuerda, por ejemplo, en el Auto de la AP Lérida 1.ª de 18 de marzo de 2005, donde, por cierto, asimismo se deja sentado cómo, en contra de lo que viene a sostenerse en el apartado cuarto del escrito de recurso, la supresión de referencia expresa a la necesidad de pública subasta en el texto del actual artículo 271 del CC, debida a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, ha quedado superada por la Ley 15/1989, de 29 de mayo, en cuyo artículo 2.º se daba nueva redacción al artículo 205 de la LEC, en el cual se consolidaba la condición, salvo «para ventas hechas por el padre o por la madre con patria potestad», «de haberse de ejecutar la venta en pública subasta» y, en general,

previo avalúo (cf., también, SAP Granada 3.ª de 15 de abril de 2003), siendo así, por lo demás, que el último precepto citado se integra en el Libro III de la anterior Ley de enjuiciar, mantenido en vigor en virtud de la disposición derogatoria única, apartado 1.1.ª, de la LEC de 7 de enero de 2000, como en el aludido escrito inicial de la parte solicitante y ahora recurrente quedaba recogido.

El mismo Libro III, en su artículo 2012, supe-dita la autorización de la enajenación de bienes de menores o incapacitados a «que se justifique la necesidad o utilidad» de esa enajenación, y de la propia naturaleza y fines de la tutela (CC, 215 y ss.) se desprende sin lugar a dudas que en su desempeño, y por consiguiente en procedimientos como el actual, ha de estarse en todo caso a lo que exija y aconseje el beneficio del incapaz, tal como se explicita en el artículo 216, entre otros, del Código. Todo ello con independencia de lo que se revelare procedente en otra clase de procedimientos en relación con el interés de comuneros u otros terceros, siempre con la debida defensa y salvaguarda de los intereses del incapacitado, esto en función, entre otras cosas, de posibles conflictos entre los del último y los de tales otros interesados.

Desde otro punto de vista, con razón arguye el Ministerio Fiscal que el derecho de usufructo de la incapaz, sobre la mitad cuya nuda propiedad pertenece al tutor y al hermano de éste, no tiene por qué reputarse limitado al uso del bien, sino que abarca otras posibilidades, incluidos el arrendamiento y la hipoteca, que pudieran llegar a ser convenientes frente a futuras necesidades de la titular del mentado derecho.

OTRAS CUESTIONES

Se desestima la demanda en la que el letrado reclama a su cliente sus honorarios profesionales devengados en el proceso de separación matrimonial: la totalidad de la prueba practicada acredita que es cierta la alegación de la demandada relativa a la existencia de un pacto sobre honorarios en el sentido de que éstos no sobrepasarían 200.000 pesetas.

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2006

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Alonso-Mañero Pardal

Desestimada en la instancia la demanda formulada por don Hugo contra doña Leonor, en ejercicio de acción de reclamación de cantidad, ascendente a la cantidad de 1.512,89 euros, importe aún adeudado por la demandada del total de los honorarios profesionales del actor devengados a consecuencia de la prestación realizada de sus servicios profesionales con motivo del proceso de separación matrimonial de la demandada, se interpone recurso de apelación contra dicha resolución denunciando el error en que en la valoración de la prueba practicada se entiende que incurre el Juez de Instancia, a quien reprocha la parte apelante haya tenido en consideración exclusivamente la prueba testifical practicada a instancia de la demandada para consagrar la existencia de un pacto sobre honorarios entre el letrado actor y la demandada, sin efectuar alusión alguna al resto de la prueba practicada, de la que puede concluirse que dicho pacto entre letrado y cliente no se produjo.

Un nuevo examen y valoración por esta Sala de las actuaciones practicadas en la instancia lleva necesariamente a concluir que el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Hugo no puede ser atendido sino que, muy al contrario, la resolución dictada en la instancia merece ser confirmada en esta segunda instancia.

Cierto es que el Juez de Instancia sostiene su decisión casi exclusivamente en la testifical practicada a instancia de la Sra. Leonor, y que esta prueba por sus especiales características suscita multitud de dudas y sospechas, máxime cuando como es el caso el testigo que acude a deponer a las actuaciones es un amigo de la demandada con quien admite que mantuvo tiempo atrás una relación sentimental. Sin embargo, y pese a ello, el Juez de Instancia merced al principio de inmediatez valora adecuadamente dicha prueba y concluye de la misma que el alegato de la Sra. Leonor respecto a la existencia de un pacto sobre honorarios en el sentido de que éstos no sobrepasarían las doscientas mil pesetas es absolutamente verosímil, conclusión que comparte esta Sala.

La referida conclusión se alcanza merced al examen conjunto del resto de la prueba practicada en el acto del juicio y obrante en las actuaciones. Es evidente que la prueba testifical practicada a instancia del Sr. Hugo ninguna luz puede arrojar al respecto, pues tratándose de la Letrado que asistía profesionalmente al marido de la demandada y de la Procuradora de ésta, es difícil pensar que dichas personas pudieran tener noticia o conocimiento directo de la existencia de un acuerdo verbal como el invocado entre el Sr. Hugo y la Sra. Leonor en relación con los honorarios de este último.

Sin embargo la tesis de la demandada, sostenida por la testifical practicada a su instancia, se ve corroborada con la documental aportada a las actuaciones y consistente en las diferentes comunicaciones remitidas por la procuradora Sra. Gutiérrez Campo a su clienta para el abono y liquidación de los derechos y honorarios por ella adeudados y correspondientes a su procedimiento de separación matrimonial. En este sentido y pese a los términos en que la propia Procuradora se manifiesta en el acto del juicio contradiciendo palmariamente lo que la documental refleja, debe constatarse cómo según dicha documental el importe total devengado en concepto de derechos de la Procuradora así como de gastos suplidos por ella —que incluía expresamente la minuta del letrado Sr. Hugo—, ascendía a la cantidad de 1.923,98 euros, habiendo satisfecho la demandada como provisión de fondos tan sólo 1.202,02 euros, suma de la que según reparto que relató en el acto del juicio la Procuradora entregó 1.000 euros al Sr. Hugo reservándose ella la cantidad restante. Es por ello que una vez terminado el procedimiento como liquidación de la cuenta se le requiere a la Sra. Leonor el abono de 721,96 euros, suma que ésta satisface con dos entregas distintas, una para la procuradora de 218,98 euros y otra para el letrado de 502,98 euros, con la convicción lógica de dar con ello por finiquitadas las cuentas. Así se recoge en la documental, y la cuenta que la Procuradora presenta a la Sra. Leonor incluye la minuta del Letrado y lo hace por importe de 1.503 euros, sin mención alguna a

que se tratase de provisión de fondos, pues nada se indica al respecto y ésta ya había sido efectuada por importe total de 1.200 euros, de los que 1.000 correspondieron al letrado.

Es por ello absolutamente injustificado que poco después la Sra. Procuradora remita a su cliente una nueva minuta por cuenta del Letrado

—así se titula—, en la que inopinadamente y sin justificación alguna se reclama un total de 4.580,96 euros, cuando resulta que la suma inicial reclamada con la minuta ascendía ya a la cantidad de 1.503 euros, esto es, 250.000 pesetas, suma que es ya ligeramente superior a la que según señala la demandada habían convenido el letrado y ella misma.

RÉGIMEN DE VISITAS

Síndrome de alienación parental: medidas para la recuperación de la relación paterno-filial.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA N.º 7 DE SEVILLA, AUTO DE 6 DE JULIO DE 2006

Magistrado-Juez: Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Dada cuenta, en las presentes actuaciones se celebró comparecencia en fecha 21 de julio de 2005 en la que se acordó practicar, a propuesta del Ministerio Fiscal, una prueba pericial dirimente y contradictoria. Tras el nombramiento del correspondiente perito, por éste se procedió a emitir informe el día 3 de febrero de 2006 con el resultado que obra en autos y del que se dio traslado a las partes, habiéndose celebrado vista con la presencia del perito a fin de pedirle aclaraciones y explicaciones sobre el contenido de dicho informe.

COMENTARIO DEL AUTO

PRIMERO.— Dada la trascendencia de la cuestión que constituye el objeto de la presente resolución, y con carácter previo a su examen, se ha de proceder a realizar un detenido recordatorio de todos los antecedentes que han propiciado que se llegue a la actual situación. Ante todo, no obstante, se ha de subrayar que naturalmente la decisión que se adopte en conciencia y tras exhaustivo análisis de todo lo actuado, haciendo una valoración conjunta y global de su contenido, se dirigirá y tendrá por único objetivo el garantizar el interés y bienestar, no sólo el de hoy en día sino también de cara a su futuro, del pequeño José Antonio.

El largo y tortuoso procedimiento derivado de la crisis conyugal de ambos litigantes, se remonta a junio de 2002 cuando don Carlos interpone demanda de separación, pidiendo incluso la guarda y custodia de su hijo, contestando la representación legal de doña María (siendo entonces su letrada doña Dolores) en septiembre de ese año. En dicha contestación se ofrecía y reconocía, por tanto, como el más idóneo para el niño, un régimen de visitas sin restricciones y limitaciones, que incluía

los fines de semana alternos y la mitad de los períodos vacacionales.

El 11 de septiembre de 2002, en la comparecencia de medidas, se insta por ambas partes la suspensión del acto judicial, anunciando la reconducción del proceso por los trámites del mutuo acuerdo.

Esa perspectiva halagüeña se frustró, lamentablemente, en poco tiempo pues el 25 de septiembre de 2002, la representación legal del Sr. Carlos solicita alzar esa suspensión, poniendo de manifiesto que, contrariando esa intención de consenso y su propia voluntad expresada en su contestación, la Sra. María seguía arbitraria y caprichosamente negando que el padre pudiera ver a su hijo, impidiéndole el ejercicio y funciones derivadas de la patria potestad.

El 2 de octubre se alza la suspensión, recurriéndose el señalamiento en los autos principales para el mes de enero de 2003. Ese recurso del Sr. Carlos se desestima por la imposibilidad de disponer de un día de señalamiento más cercano.

Ante esa resolución, la representación del Sr. Carlos, el 4 de diciembre de 2002 solicita que el padre pueda ver a su hijo, al menos, durante la

Navidad de ese año. Se accede a esa pretensión por providencia de 10 de diciembre de 2002 al entender que ese contacto de José Antonio con su padre, redundaría en interés del niño avisando incluso de que el incumplimiento podría repercutir a la hora de decidir sobre la atribución de la guarda y custodia.

El 20 de diciembre, se recurre esa providencia por la nueva representación legal de la Sra. María (Letrada doña Consuelo). «De facto», la madre se niega a cumplir con lo ordenado, impidiendo que el Sr. Carlos ni siquiera pudiera ver a su hijo en Navidades, y con la excusa, en este caso por parte de doña María, de que estaba pendiente de resolver un recurso de reposición. Un recurso que, naturalmente, no tiene efecto suspensivo.

El 10 de enero de 2003, la representación de don Carlos, presenta escrito manifestando que seguía sin poder ver a su hijo ante la actitud obstructiva y desobediente de la esposa.

La Vista, por fin, se celebró el 21 de enero de 2003, donde, de nuevo, la Sra. María vuelve a mostrar esa actitud remisa y condescendiente a permitir que el niño pudiera disfrutar del derecho a relacionarse con su padre. En ese acto se convino un régimen de visitas absolutamente normalizado: fines de semanas alternos de viernes a domingo y mitad de períodos vacacionales, con la única particularidad de que se acordó que la entrega y recogida se hiciera a través del Punto de Encuentro Familiar.

Ese acuerdo fue aprobado por la Sentencia de 21 de enero de 2003.

Sin embargo, realmente ese supuesto convenio, se volvió a romper por cuanto que por parte de la Sra. María se interpuso el 25 de febrero de 2003 una demanda ejecutiva, anunciando que tras apenas un par de visitas conforme a lo convenido, el niño presentaba agresividad y lloraba por no irse con su padre.

Es decir, evidentemente, José Antonio tras permanecer varios meses privado de todo contacto con su padre, mostraba una actitud propia a la de cualquier niño que al principio sufre ansiedad por la separación de su madre, es decir, el malestar típico que les comporta el estar separado de su hogar, o de los sujetos con los que está vinculado. En esa demanda se solicitaba, por tanto, si no una suspensión total, sí que se diera el primer paso para la restricción de las visitas, solicitando extemporáneamente una exploración del niño por el Equipo Psicosocial.

La oposición a esa ejecución se produce el 1 de abril de 2003, acreditando la representación del Sr. Carlos, el pago de lo reclamado, y se insistía en el

incumplimiento de la madre, aportando informe del colegio donde estudiaba José Antonio en el que literalmente se reflejaba:

«José Antonio ha manifestado un comportamiento normal y adecuado a su edad (...). Cuando se le ha preguntado al alumno por sus actividades y experiencias fuera del colegio, ha respondido normalmente, con ilusión y positividad al contar las actividades realizadas tanto con su madre como con su padre».

(Informe profesora María Jesús Jiménez Bravo del Colegio C.P. Pedro Crisólogo. folio 223)

La vista de ese incidente de ejecución tuvo lugar el día 13 de mayo de 2003, donde paradójicamente se vuelve a mostrar una actitud de arrepentimiento y superación de los problemas que se remontaban a casi hacía un año y que, se reconocía, sólo perjudicaban al pequeño José Antonio. Se conviene que las visitas se normalizaran, conforme al régimen que fue aprobado en sentencia y sin la necesidad de la intervención de Punto de Encuentro. Ese acuerdo fue aprobado judicialmente en el mismo día por Auto.

En junio de 2003 se persona la nueva Letrada de la demanda, tras el desistimiento de su anterior Procurador y Abogado. Asume la defensa doña María.

Lejos de arreglarse las cosas, el 11 de septiembre de 2003 la representación del Sr. Carlos interpone demanda ejecutiva a fin de que se requiera a la madre para que cumpliera el régimen de visitas. Se despacha ejecución el 15 de septiembre.

Por escrito de 2 de octubre de 2003, por primera vez el padre ante el reiterado incumplimiento, pide que se le otorgue la guarda y custodia en la ejecución y conforme a la previsión recogida en el artículo 776 de la LEC.

La oposición de la nueva defensa de la Sra. María se produce el 3 de octubre, poniendo de manifiesto que el padre pasó con su hijo 31 días en el mes de agosto. Asimismo se ponía de manifiesto que el niño (sin que existiera previa comunicación al respecto ni al padre ni al Juzgado) vivía en Aranjuez junto a su madre y el nuevo compañero sentimental de ésta.

Es en ese momento cuando afloran denuncias y acusaciones de maltrato. La última denuncia por el incidente ocurrido en Aranjuez el 1 de octubre de 2003, por unas amenazas de muerte del padre a la madre si no le permitía ver al niño. En ese escrito se reconocía literalmente «la Sra. María se ha negado en todo momento a que don Carlos accediera a la vivienda, atrincherándose en la misma con su hijo». En ese escrito de oposición se proponía que las visi-

tas se hicieran en el Punto de Encuentro de Madrid y sin salidas del padre con su hijo.»

La denuncia la conoció el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Aranjuez quien acordó una medida de alejamiento del Sr. Carlos con respecto a la denunciante pero no en relación a su hijo «por entender que el menor no está en situación de peligro, siendo precisamente las visitas con el menor el motivo de que la relación de sus padres fuera tan tensa» (Auto de 6 de octubre de 2003, folios 364 y 365).

Antes de proseguir con el relato de incidencias y acontecimientos, se ha de resaltar que resulta sintomático y ello sin necesidad de que ningún Perito lo certifique, siendo una interpretación y consecuencia lógica que se extrae a la vista de lo sucedido); que el enrarecimiento y cambio radical en la actitud de permisividad que, al menos, aparentemente había mostrado la Sra. María, se produce después de la permanencia de José Antonio con su padre durante todo el mes de agosto. Es después cuando la Sra. María que visiblemente ha experimentado también una grave crisis de ansiedad por la separación de su hijo, asistida por un nuevo asesoramiento jurídico, inicia una campaña enérgica para conseguir la ruptura de una relación paterno-filial, que, durante ese mes se había visto notablemente fortalecida. El primer paso para alcanzar ese objetivo fue el traslado indicado de residencia. El segundo impedir y obstaculizar de nuevo ese contacto. El tercero conseguir y obtener una medida de alejamiento, que no alcanzó a su hijo.

La vista de ejecución tuvo lugar el día 25 de noviembre de 2003, acordándose que las visitas del padre con su hijo, en lo sucesivo tuvieren lugar en un Punto de Encuentro de Madrid, todos los domingos de 12 a 14 horas y en forma intervenida. Incluso se advertía de la posibilidad de una posible intervención de la Entidad Pública de Protección de Menores, y por entender que la conflictividad existente entre ambos progenitores podría poner en peligro su integridad emocional y psicológica.

Ciertamente, con ello se restringió y cercenó el derecho y obligación del padre a una relación habitual y fluida con su hijo, mas también es de justicia el afirmar que tal situación no obedeció a que se entendiera que el Sr. Carlos representara el más mínimo riesgo o peligro para su hijo, sino ante la conflictividad y tensión apreciada entre ambos progenitores y que aconsejaba una medida de control para su debido cumplimiento con el fin de comprobar objetivamente la actitud de supuesto rechazo que José Antonio mostraba hacia su padre.

Las visitas se iniciaron en el Punto de Encuentro de Madrid sito calle Uruguay núm. 11.

Por su interés se destacan los informes de seguimiento de 1 de febrero de 2004 y de 29 de febrero de 2004.

En el primero (folios 411 y 412) se indicaba que el niño presentaba una causada ambivalencia hacia la figura paterna, reflejando gráficamente que se dirigía hacia él con expresiones soeces, implicando a adultos del entorno materno en dichas afirmaciones: «Tan pronto levanta el puño a su padre, como le dice que quiere irse a vivir con él a Sevilla, afirmando que su madre no le deja ir con él de vacaciones»

En dicho informe de incidencias de esa fecha (folios 422 y 423), en el que se daba cuenta de una inasistencia del padre justificada por enfermedad, se reflejaba un hecho inquietante puesto que la propia madre, ante los propios responsables del Centro y delante del niño realizó unos comentarios acerca de supuestas amenazas recibidas del padre. Esa actitud le fue recriminada, excusándose la Sra. María diciendo que el niño «no se entera».

En el segundo informe de 29 de febrero (folios 420 a 421), igualmente se expone que aun cuando la visita comienza con una actitud de manifiesta hostilidad y rechazo hacia el padre, al final, el niño se despide con cariño de él. Ya entonces se indicaba que el niño reiteraba que «su padre» es el actual compañero de su madre. Se terminaba concluyendo que durante las visitas realizadas en esos tres meses, el padre había mostrado habilidades suficientes para atender las necesidades de su hijo, así como imponerle límites cuando ha sido necesario.

A la vista de dicho cambio de actitud positivo, por providencia de 10 de marzo de 2004 se solicitó de dicho Punto de Encuentro Familiar de Madrid que informase si resultaba conveniente ampliar las visitas y que no se desarrollaran de manera intervenida. Dicha providencia fue recurrida por la Sra. María, dando un nuevo giro de tuerca, y en esta ocasión solicitando un cambio de Punto de Encuentro Familiar y un cambio del horario de visitas por razones de trabajo (domingos de 12 a 14 horas).

Ese escrito, coincide en el tiempo con el informe que emite dicho PEF el día 26 de marzo de 2004 y que concluye con una valoración favorable a la ampliación de las visitas fuera del Centro porque el padre ha mostrado habilidades suficientes para atender a su hijo. El día 28 de marzo, doña María no acudió al Punto de Encuentro Familiar trasladándose el padre hasta Madrid con la consiguiente frustración de no poder ver a su hijo. Dicho incumplimiento, provocó la reacción de don Carlos, presentando escrito el 31 de marzo y compareciendo ante el Juzgado el día 6 de abril, poniendo de manifiesto esa inasistencia de la

madre e instando se requiera a la madre para que al menos, cumpliera lo estipulado los siguientes domingos de abril y mayo.

Una vez conocido el informe de Punto de Encuentro Familiar de 26 de marzo, en fecha 1 de abril se convocó a las partes a una nueva comparecencia para el día 7 de mayo de 2004. En cuanto al indicado incumplimiento denunciado por don Carlos, se proveyó el día 6 de abril en el sentido de requerir a doña María para que cumpliera las visitas los domingos 11, 18, y 25 de abril y 2 de mayo, en el horario que se encontraba fijado (16 a 18 horas). En esa providencia se le volvió a advertir que el incumplimiento podría ser tenido en cuenta a la hora de acordar un cambio de guarda y custodia.

Antes de que tuviera lugar la vista señalada, ocurrieron dos acontecimientos de interés:

- Se recibió Fax de Punto de Encuentro Familiar de San Martín de la Vega, localidad próxima a Aranjuez, dando cuenta de su disponibilidad para que tuvieran lugar las visitas.

- Se recibió Informe de la Comisión para la Investigación de malos tratos a mujeres de 20 de abril de 2004 (folios 533 a 543), del que se destaca:

Sólo se parte de la entrevista y de lo relatado por doña María.

No se valora ni tiene entrevista alguna con el padre.

Se comunica que tanto doña María como el niño reciben atención psicológica.

Del resultado de la evaluación se constata que José Antonio es un niño inquieto y agresivo, que, al principio también agredía verbal y físicamente a la madre. Con el tiempo ese rechazo fue desapareciendo. En el informe aparecen comentarios del propio José Antonio quien manifestó: «no quiero que Carlos sea mi padre, mi padre es Salva».

Por último, se aconseja continuar en el Punto de Encuentro Familiar con visitas supervisadas y continuar la terapia.

En definitiva se trata de un informe de seguimiento de terapia, en el que se acredita que el niño en el entorno materno presentaba una evolución favorable y positiva, una vez que de su vida había desaparecido la figura distorsionada del padre. La actitud de agresividad y rechazo a la madre, se destaca, se correspondía con la situación de ambivalencia apreciada por el Punto de Encuentro Familiar de Madrid, una situación es la que un niño de 5 años sufre un acoso y estrés emocional intensos al experimentar un conflicto de lealtad, que sólo desaparece cuando subjetivamente se decanta por uno de los progenitores enfrentados. Esa alianza, como sucedió en el presente año y como sucede casi siempre en favor del progenitor

custodio, se estableció con la madre, ante la total ausencia del padre. Por tanto, se insiste, se trata de un mero informe de seguimiento terapéutico, que refleja esa lectura y que, en modo alguno, indaga en el origen y causa de esa consecuencia.

Tras la celebración de la vista el día 7 de mayo, por auto de 10 de mayo de 2004 (folio 549), se acordó, conforme al informe emitido por el Ministerio Fiscal y atendiendo a la recomendación contenida en el informe de la Comisión para la Investigación de Malos Tratos a la Mujer, dado que no se contaba con otros datos objetivables en ese momento, que las visitas se siguieran desarrollando en el Punto de Encuentro Familiar de San Martín de la Vega (próximo al domicilio de la madre), y acordando también requerir su informe al Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado, en el que, en definitiva se valorara ese origen y causa de la consecuencia nefasta de que un niño de cinco años manifestara un aparente y rotundo rechazo hacia su padre, negándole e incluso reconociendo ese rol en la figura del compañero sentimental de la madre, y partiendo, naturalmente, de que ese resultado sólo podía ser responsabilidad de uno u otro, bien porque el padre hubiere mostrado durante la convivencia familiar (es decir antes de que José Antonio cumpliera cuatro años) una actitud de agresividad, violencia y maltrato constante, que hubiera incluso transmitido miedo y aversión hacia él incluso por parte del niño, o bien porque la madre hubiera estado influyendo y manipulando la voluntad de José Antonio para que de forma injustificada le odiara y detestara.

Mas antes de que ese Informe del Equipo Psicosocial se emitiera, se produjeron varios hechos de interés:

- El día 15 de julio de 2004, la representación del Sr. Carlos presentó escrito solicitando que ese informe del Equipo, al menos, se anticipara sobre el exclusivo objeto de valorar la conveniencia de fijar para esas vacaciones de verano, un régimen de estancias del niño con su padre. Por providencia de 19 de julio se acordó en tal sentido (folio 627), aun cuando la realidad es que ante la falta de emisión de informe alguno antes de concluir las vacaciones (el informe del equipo, como se verá, se emitió el 26 de agosto), lo cierto es que el Sr. Carlos y José Antonio permanecieron otro verano sin apenas contacto.

- Y se dice apenas, porque la verdad es que algunas visitas tuvieron lugar en el Punto de Encuentro Familiar de San Martín de la Vega, destacando por su indudable interés los partes de incidencias de 18 de julio de 2004 (folios 629 y 630) y de 7 de julio (folios 635 y 636):

- a) Parte de 18 de julio: Al regreso de estar con su padre, José Antonio literalmente contó que lo

había pasado muy bien, contando lo que había hecho a lo largo del domingo. Pero cuando llega el compañero de su madre, éste lo primero que le pregunta es cómo lo ha pasado, a lo que el menor responde que mal y que «SIMÓN HASTA LE HA PEGADO, CAMBIANDO POR COMPLETO DE ACTITUD», y diciendo en este caso «LO QUE DE ÉL SE ESPERA».

b) Visitas 20, 27 de junio y 4 de julio (parte incidencias de 7 de julio): En esa visita el niño se encontraba muy tenso, haciendo manifestaciones que quedaron anotadas: «Me han dicho que no lo diga». «No me puedo ir con Carlos porque Salva le va a matar», «no puedo ir con Carlos porque me pega».

El domingo 27 de junio de 2004 y el 4 de julio, el menor va con su padre no sin previa intervención de los técnicos y CURIOSAMENTE en el momento en que José Antonio sabe que su madre no está en el Centro se relaja y cambia de actitud, manifestando su deseo a su padre de irse y de que dé por tanto comienzo la visita.

En las llegadas el menor demuestra lo bien que lo ha pasado junto a su padre, y, en algunas ocasiones también con los familiares paternos que se trasladan desde Sevilla a Madrid para verle, para más tarde ponerse serio y comenzar a manifestar que no lo ha pasado bien, para posteriormente marcharse con su madre.

Se subrayan y destacan esos informes, que además no fueron conocidos por el Equipo Psicosocial al que se le dio traslado de los autos para emisión de pericia a primeros del mes de junio, porque indudablemente, de forma objetiva y contrastada por profesionales imparciales, se ponía de manifiesto que el niño estaba siendo objeto de manipulación en contra de la figura paterna y por parte del entorno materno.

Mas en contra de esa lógica e irrefutable conclusión y apreciación, coincidente con todo el relato de actividades y estrategias de uno y otro progenitor en el transcurso de toda la contienda judicial, se alza el informe psicológico emitido por el Psicólogo del Equipo Psicosocial, de fecha 26 de agosto de 2004 (folios 638 a 648).

En dicho informe, se detecta en el niño que sufre un severo daño emocional, presentando un síndrome de estrés posttraumático infantil, síndrome que suele ir asociado a las situaciones de maltrato y puede inferirse que el maltrato al que ha sido sometido el menor ha sido severo y continuado a lo largo de los años.

Es más, el daño emocional tan severo que presenta el menor permite pronosticar que la recuperación sólo será posible si se suprime la posi-

bilidad de acceso al menor por parte de la figura maltratante.

En cuanto a doña María, se considera que no está instrumentalizando al niño ni procurando la alienación parental de éste, estimándose que el impacto emocional en la informada es de tal magnitud que muy posiblemente el menor se encuentre contaminado por el enorme temor de la madre a encontrarse con el padre.

En relación a don Carlos se aprecia que presenta sintomatología característica de un carácter violento y propicia de un maltratador.

Cuando se valore conjuntamente dicho informe con los restantes unidos a las actuaciones, se expondrá la consideración y relevancia que merece el mismo, aun cuando, de entrada, en muchos aspectos no se estima contradictorio con esos otros informes en cuanto al resultado objetivo de su conclusión y en lo que respecta a la recomendación final de lo que se valora como más positivo y beneficioso para el menor.

Tras conocer ese informe, la representación legal del Sr. Carlos, por escrito de 13 de septiembre, manifiesta que RENUNCIA a seguir acudiendo al Punto de Encuentro Familiar de San Martín de la Vega, pero anuncia que se someterá a la consideración de otros especialistas en psiquiatría (folios 669 a 671). En el mismo sentido, el Ministerio Fiscal en informe de 28 de septiembre de 2004, anuncia también la posibilidad de someter a contradicción el informe, solicitando una ampliación del informe psicológico y sobre evolución de la situación social del mismo.

No es hasta el 18 de marzo de 2005 cuando se emite un informe de la Trabajadora Social de Madrid (folio 710), en el que se indica que Salvador es ya el referente paterno de José Antonio e incluso identifica a su familia de origen como propia (abuelos, tíos, primos etc.).

A la vista de la evolución y perfecta armonía que había alcanzado el niño, desprovisto, por fin de todo conflicto de lealtad, el propio Fiscal a fecha 18 de abril de 2005 estimó conveniente mantener en suspenso el régimen de visitas.

Esa suspensión, para don Carlos, que igualmente había optado por dar a su hijo una tregua en la guerra abierta que aún no había dado por zanjada, dejó de tener justificación cuando tuvo en su poder los informes contradictorios que había anunciado, y que fueron aportados el 25 de abril de 2005 junto a un escrito en el que se solicitaba celebrar una nueva comparecencia, a la vista de que los mismos (folios 720 a 755) en sus conclusiones diferían radicalmente con el emitido por el Equipo Psicosocial, en lo que concernía a la apreciación del Sr. Carlos como persona violenta y con una sintomatología

característica de maltratador. Esa comparecencia se convocó por providencia de 29 de abril de 2005.

Tras desestimar el recurso interpuesto por la representación de la Sra. María, por auto de 23 de junio se ratificó el criterio sobre la necesidad de someter a contradicción todos los informes aportados.

La comparecencia se celebró el 21 de julio de 2005, y en ella, tras solicitud expresa del Ministerio Fiscal, se acordó practicar una prueba pericial contradictoria y dirimente, recayendo el nombramiento en don Juan Manuel Aguilar Cuenca, especialista cualificado y quien se consideró que reunía todos los condicionantes y experiencia para despejar toda incertidumbre sobre el futuro de José Antonio y sobre las causas que le habían llevado a estar casi permanentemente apartado de su padre durante cerca de tres años. En el acto de la vista, se determinó con precisión y detalle el objeto de dicha pericia.

Ese informe pericial se emitió el pasado día 3 de febrero de 2006, siendo el punto final de un proceso judicial que se ha resumido pormenorizadamente.

SEGUNDO.— Se insiste que ha sido necesario ese trabajo de recopilación de datos para entender la conclusión que se alcanza en interés del pequeño José Antonio. Ha sido necesario un estudio detallado de todo el proceso desde su inicio para alcanzar una convicción que no sólo se conforma con la información aportada por el contenido de la pericial practicada, sino también a tenor de las actitudes y comportamientos de ambos progenitores y, principalmente, a la vista de la actitud, comportamiento y manifestaciones del propio menor.

Con carácter previo a esa valoración es necesario salir al paso de la alegación de NULIDAD que formula la representación de la Sra. María, alegación que se produce una vez conocido el informe del perito dirimente designado a instancia del Fiscal y cuyo nombramiento también conoció perfectamente dicha representación legal, sin que hubiera planteado impugnación alguna al respecto.

Se ha de recordar a la parte que el objeto de la Litis constituye materia de orden público, pues el interés y bienestar de un niño de siete años se encuentran en juego. De ahí, que en una fase de ejecución en la que se dilucida si un régimen de visitas convenido por los progenitores y aprobado en sentencia, se ha incumplido por causa imputable a uno u otro, el Juzgador que ha de adoptar la difícil decisión de resolver velando por ese interés, disponga de la posibilidad de acudir no a una sino a cien pericias si fuera necesario para poder tomar

esa decisión tan trascendente. Más aún cuando la pericia recae sobre un objeto que reviste una especialidad y conocimientos cualificados que trascienden del que disponen los Equipos Psicosociales, que, además se encuentran colapsados de trabajo. Ese recurso a periciales externas, de hecho, se suele utilizar por los Juzgados especializados de Familia, evidentemente con carácter excepcional y en relación a asuntos que revisten una especial complejidad, como ocurre en el presente caso.

En relación a las partes, naturalmente, se han de respetar los principios derivados del derecho fundamental a garantizar su tutela judicial efectiva: principios de audiencia, defensa y contradicción. Esos principios se han respetado escrupulosamente, sin que «a posteriori» e instruida del contenido de una pericial que considera perjudicial a sus intereses, una de esa partes pueda instar la nulidad de la propuesta de la prueba dirimente (que se insiste, correspondió al Fiscal la designación y nombramiento del perito).

TERCERO.— Pues bien, una vez resuelta la cuestión de Nulidad planteada y examinados todos los antecedentes, se ha de proceder a un valoración y análisis de los comportamientos, aptitudes y personalidad de ambos progenitores, así como del propio menor, a fin de llegar a una conclusión sobre lo que se estima más conveniente y adecuado para este último:

a) En primer lugar en lo que respecta al padre (que sigue siéndolo de José Antonio) don SIMÓN, se ha de destacar que resulta injusto e indignante que de contrario se le reproche e impute que se ha querido desentender de su hijo a quien desde hace casi dos años no ha podido ver. Lo único que existió por su parte fue una renuncia a mantener un régimen restringido que estaba resultando marcadamente traumático principalmente para el propio niño, y en un momento en que existía un informe pericial que, según puso expresamente de manifiesto, estaba interesado en rebatir. Don Carlos, en ningún momento se ha olvidado de que tiene un hijo, no habiendo tirado la toalla pese a que en el transcurso de los autos, en algunos momentos se le ha puesto muy cuesta arriba el poder reivindicarse como padre.

Es más, no se ha de obviar que la demanda de separación fue interpuesta por él en junio de 2002, y que a la misma ya solicitaba que le fuera otorgada la guarda y custodia.

En cuanto a su aptitud parental en ningún momento ha existido dato objetivo alguno que lo desacredite. En todos los informes emitidos por los Puntos de Encuentro que han supervisado las visitas restringidas, se expuso que se apreciaban en él las suficientes habilidades para atender a su hijo.

Don Carlos ha demostrado siempre que quiere a su hijo, no existiendo ni el más mínimo signo de que haya podido ejercer maltrato alguno sobre su hijo. En todo caso, y aun estando ello pendiente de enjuiciamiento ante la Jurisdicción penal, los hechos denunciados por doña María harían referencia a posibles situaciones de agresión y enfrentamiento entre ambos progenitores, en concreto por unos hechos ocurridos el 29 de mayo de 2002 que dieron lugar a un auto de fecha 10 de marzo de 2004 citado por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Sevilla (folio 465), auto que, ciertamente, fue recurrido y ha dado lugar a la incoación de un procedimiento abreviado que pende de celebración de juicio oral ante el Juzgado de lo Penal núm. 3, pero en el que resulta sintomático el propio juez instructor declaraba que «no existía constancia alguna de malos tratos continuados durante la convivencia matrimonial de ambos cónyuges, no resultando creíbles las manifestaciones de la demandante».

Mas, se insiste, todo ello será objeto del debido enjuiciamiento, sin perjuicio de que a los efectos del objeto del presente proceso civil se puedan y deban valorar, sin conexión e implicación alguna, esos mismos hechos que pueden traer íntima relación, por ser el maltrato precisamente la causa alegada por doña María para justificar el rechazo del niño al padre. Pero, se reitera, en ningún caso ese supuesto maltrato habría alcanzado al niño, destacando también que el Juzgado de Aranjuez que acordó la medida de alejamiento expresamente la desvinculó del hijo por entender que el menor no estaba en situación de peligro».

Llegados a este punto, en cualquier caso, se ha de reconocer en el padre tesón y empeño en recuperar el afecto perdido de su hijo, causa primordial por la que el procedimiento consta de cuatro tomos. Igualmente, y con carácter objetivo se ha evidenciado su constante pugna con la madre por el hijo, lo que ha dado lugar a desagradables incidencias de tensión y violencia, mas el único informe que refleja que el Sr. Carlos presente rasgos de personalidad violenta marcada por el narcisismo y con un fuerte desequilibrio psicológico, es el emitido por el Equipo Psicosocial de fecha 26 de agosto de 2004. Sin embargo esa conclusión es contundentemente rebatida en los informes que, aun siendo de parte, presentan una metodología mucho más exhaustiva, unas conclusiones clínicas, diagnósticas y clínico-legales que guardan una perfecta armonía y coherencia con el resto de apreciaciones probatorias que se han puesto de manifiesto. En todo caso, tal contradicción no resultaría un demérito para el profesional que emitió el primer informe, entre otras cosas porque el informe de parte se efectuó por dos doctores, especialistas no sólo en psicología sino también

en psiquiatría, y que se han tomado hasta casi un mes para examinar tales hechos y circunstancias en que han basado sus conclusiones, mientras que la entrevista a don Carlos por parte del Equipo se limitó a tan sólo cuatro horas, distribuidas en dos mañanas; y teniendo en cuenta además que existe coincidencia en apreciar que don Carlos vive una situación de estrés Psicosocial alto de carácter crónico, compatible con el desequilibrio psicológico apreciado por el Gabinete Psicosocial.

No obstante, el dato definitivo que descarta la hipótesis de que sea el padre el causante de la situación de desafecto, rechazo del niño hacia él, se fundamenta en el resultado obtenido por el PERITO DIRIMENTE quien concluye que don Carlos dispone de capacidad para atender a su hijo, siendo su opinión de que el rechazo hacia él no tiene causa en que su padre haya ejercido comportamientos inadecuados de algún tipo en su presencia o sobre su persona.

b) En relación a la madre doña María, tal y como ha quedado expuesto con todo lujo de detalles, se ha evidenciado, eso sí, un profundo amor, cariño y afecto hacia su hijo, hasta el punto que ha querido monopolizarlo, y además, desde el principio. Si la lucha del padre ha sido la de no perder y luego la de recuperar ese cariño, la lucha de la madre ha sido la de intentar por todos los medios que el niño siempre estuviera vinculada a su entorno y, en cualquier caso, bajo su control y supervisión.

Tal intervención ya se puso de manifiesto incluso antes de dictarse sentencia, siendo constante y reiterada desde el primer momento su voluntad de entorpecer y obstaculizar el contacto del padre con el niño. «De facto», consiguió que durante las Navidades de 2002, José Antonio no viera a su padre, pese a los constantes requerimientos de éste en tal sentido y pese a que incluso se le advirtió de que su negativa u obstrucción se podría tener en cuenta a la hora de tomar la correspondiente decisión sobre atribución de guarda y custodia.

Tal advertencia resultaba preceptiva, puesto que se ha de partir de la premisa de que la intencionalidad de un progenitor de impedir el derecho recíproco del otro a tener una normalizada relación con el hijo, constituye una flagrante demostración de maltrato infantil al poder llegar a privar no sólo al padre sino al propio menor de un derecho irrenunciable que afectaría a su integral desarrollo y dignidad como persona. En tal sentido, el derecho comparado, nos ofrece muestras al respecto:

- Regulación francesa en materia de «Responsabilidad parental» que entró en vigor en marzo de 2002 en la que se establece que el juez cuando tenga que pronunciarse sobre las modali-

dades del ejercicio de la autoridad parental, tendrá especialmente en consideración (artículo 373.2.10), entre otros elementos, el de la aptitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro.

- Código de Familia del Estado de Florida en el que aparece una referencia expresa a la consideración negativa, a la hora de atribuir la custodia a los indicios de que cualquiera de las partes ha facilitado al Tribunal, a sabiendas, información falsa en relación con un procedimiento sobre violencia doméstica.»

Por consiguiente, desde el inicio, se constata que doña María era absolutamente reacia a permitir el normal desenvolvimiento de las visitas que ella misma había convenido con el padre, bajo el pretexto de que el niño de cuatro años sufría por separarse de ella. Pero lo que, al principio solo era esa lógica ansiedad por la separación, con el tiempo se fue acrecentando, colaborando en ese proceso el distanciamiento geográfico que significó su traslado de domicilio.

Con todo, su intencionalidad se puso en evidencia de forma más clara a raíz de que las visitas fueron supervisadas por los Punto de Encuentro de Madrid y de San Martín de la Vega, centro públicos, imparciales, objetivos y regidos por profesionales que emitieron y aportaron a las actuaciones unos informes de seguimiento que se han reflejado en el expositivo fáctico de antecedentes, y que especialmente en lo que concierne a los últimos emitidos por el de San Martín de la Vega no dejaban duda sobre la realidad de que José Antonio estaba maltratado manipulado y alineado por la madre y su entorno materno.

En contra de esa apreciación también se alzaría el citado informe del Equipo Psicosocial y los informes de la Comisión para malos tratos a Mujeres y el informe de la Trabajadora Social de Madrid (folio 710). Sin embargo, de entrada, estos segundos descartan pues al margen de considerar también que el niño estaba consolidando el desarraigo con el padre, y que ya verbalizaba espontáneamente que su verdadero padre era «Salvador» y que su familia paterna se correspondía con la de éste (compañero sentimental de la madre), lo que resulta significativo pues el rechazo se hace extensivo no sólo a la figura potencialmente maltratadora sino a todo su entorno, se ha de destacar que esos informes no son de análisis y diagnóstico sino de seguimiento y terapia limitándose a constatar la evolución del niño, una evolución que reflejaba mejoría en la medida que estaba apartado de la fuente de tensión familiar y del conflicto de lealtad que representaba encontrarse cara a cara con su padre al que no sabía si querer o despreciar.

Sólo queda, en contra de esa apreciación, el referido informe del Equipo Psicosocial en el que se afirma que la madre no instrumentaliza al niño ni procura la alienación parental del mismo.

De entrada, se ha de insistir en que el Psicólogo que emitió el informe no contaba con los datos que aportaban las dos últimos informes de seguimiento del Punto de Encuentro Familiar de San Martín de la Vega, que, como se ha dicho, resultan especialmente significativos y esclarecedores. Por otro lado, se ha de recordar que los informes periciales no resultan VINCULANTES, debiendo eso sí resultar CONVINCENTES de cara al lógico razonamiento en que se ha de basar la resolución judicial, un razonamiento que se ha de basar en una valoración conjunta y global de la prueba y que no admitiría elementos distorsionadores y que introdujeran incoherencia en el silogismo final concluyente.

En tal sentido, esa coherencia y contundencia se aprecia en la pericial emitida por el Perito dirimente quien concluye que el rechazo del menor José Antonio hacia su padre no tiene como causa el que su padre no reúna idoneidad y capacidad para atenderlo debidamente en los aspectos moral y material o por reunir todas las características psicológicas de un maltratador, siendo coincidente en tal extremo con las conclusiones que aparecen en el informe pericial del psicólogo y psiquiatra que, aun siendo peritos de parte, como se ha dicho, hicieron un diagnóstico técnico y exhaustivo de la personalidad del padre. Por contra, esa actitud de rechazo se imputa, con una rotundidad plena, a la madre y entorno materno, quien se afirma ha podido transformar la conciencia de su hijo con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir unos vínculos con el otro progenitor, lo que se define como SÍNDROME DE ALIENACION PARENTAL (SAP).

Ese informe se realizó con la metodología más moderna y avanzada, constatada técnicamente (como aclaró el propio perito en la vista celebrada el día 9 de junio), y tras llevar a efecto las entrevistas y exámenes personales que estimó necesarios y oportunos, siendo significativo más que incluso la evaluación de los adultos, la del propio menor (como seguidamente se expondrá).

c) En cuanto al menor José Antonio, ante todo, como ya se expresó existe una coincidencia de valoración por parte de todos los peritos que han emitido informe y por parte de todos los hechos, declaraciones y circunstancias que se reflejan en los autos, en que el niño está sufriendo un gravísimo perjuicio y daño psicológico. Es más en tal sentido, resulta concluyente y esclarecedor el informe de 26 de agosto de 2004 realizado por el Psicólogo del Equipo Psicosocial, pues como se ha dicho,

en el mismo se afirma categóricamente que José Antonio (que entonces tenía 5 años) sufre un severo daño emocional con una sintomatología coincidente con la descrita como propia al síndrome de estrés postraumático infantil. Se afirma igualmente que dicho síndrome suele ser asociado a las situaciones de maltrato y puede inferirse que el maltrato al que ha sido sometido el menor ha sido severo y continuado a lo largo de años. Por último se concluye que la recuperación de dicho daño emocional solo será posible si se suprime la posibilidad de acceso al menor por parte de la figura maltratante.

Todas esas afirmaciones y conclusiones, se insiste, se entiende que guardan plena coherencia con todo el contenido de las actuaciones. Indudablemente José Antonio es un niño maltratado y que está sufriendo las consecuencias de una crisis conyugal patológica de sus progenitores.

Mas lo que sorprende es que el informe del Equipo Psicosocial le dé el calificativo de progenitor maltratador al padre, lo que resulta contradictorio con la conclusión también apreciada de que el maltrato había sido severo y continuado a lo largo de los años, puesto que lo cierto y verdad es que cuando se redacta ese informe, el padre hacía ya dos años que apenas veía a su hijo, habiéndose reducido el contacto paterno-filial a unos esporádicos, limitadísimos y puntuales encuentros en los Puntos de Encuentro Familiar de Madrid y de San Martín de la Vega, por lo que partiendo de la existencia de ese daño emocional y psicológico, a la vista de la evidencia objetiva que ofrecen los informes de desarrollo de las visitas en dichos Centros, en los que la madre ni siquiera tuvo a bien el disimular que delante del niño hablaba mal del padre y donde quedó claro que era la madre y el entorno materno los que provocaban esa inmediata y provocada reacción de rechazo de José Antonio hacia la figura paterna, y en cuanto el niño se percataba de la presencia de aquéllos; se ha de concluir que el calificativo y reproche social como progenitor maltratador ha de recaer en la madre.

Téngase en cuenta al respecto que un niño entre tres y siete años (tiempo de su vida durante el que se han desarrollado todas las incidencias objeto de examen) es un receptor de emociones y mensajes de quienes constituyen sus referentes principales y quienes se encuentran en condición de influir y manipular su voluntad y entendimiento, creándose una imagen idílica o perversa de la realidad que constituye su entorno, una imagen, en todo caso, que se puede distorsionar consciente o inconscientemente al no tener formado el menor su raciocinio, bien en sentido negativo (como ha ocurrido en este caso en relación al padre) o positivo, como sucede cuando se crea en los pequeños el convencimiento y la ilusión de creer a pies jun-

tillas en la existencia de los Reyes Magos y en el Ratoncito Pérez. Así que, en cuanto al interrogante que la Letrada de la Sra. María, deja abierto en su escrito de alegaciones a las aclaraciones del perito dirimente, la respuesta a la pregunta de que si alguien cree que un niño de entre tres y siete años puede contar como un papagayo todo lo que quiere un adulto, ha de ser afirmativa: Este Juzgador así lo cree, y más aún cuando el mensaje se ha reiterado durante años de manera constante y calculada.

La dificultad estriba en determinar si lo que expresa el niño a esas edades se corresponde o no a la realidad objetiva de lo realmente sucedido o a la realidad subjetiva que se le ha transmitido. Sin embargo, en el presente caso, y no sólo por la contundencia de las conclusiones contenidas en el informe del perito dirimente, si no por todo lo acontecido y que se encuentra documentado en el abultado expediente, se alcanza la conclusión y absoluto convencimiento, juzgando en equidad y conciencia, de que en el presente caso José Antonio no tiene razón alguna para no querer a un padre, pues tal y como afirmó el Sr. Perito en la vista celebrada el día 9 de junio, lo que no tiene es permiso por parte de su madre para quererle. Una madre que, hasta la fecha, ha conseguido anular de la vida y biografía de su hijo la figura paterna, como lo demuestra el que incluso unilateralmente haya tomado todas las decisiones que afectan al ejercicio de la patria potestad, cambiando varias veces de residencia, cambiando varias veces al niño de colegio, a su antojo y sin comunicación alguna al respecto ni al padre ni al propio Juzgado.

CUARTO.— Llegados a este punto, lo que, con todo, resulta más complejo es resolver sobre el modo y manera en que se puede restablecer el equilibrio psicológico del niño, un equilibrio que sólo tendría en apariencia al verse despejada la fuente de tensión y conflicto, pero que realmente no existiría al haber sido despejado de su referente paterno, un referente que actualmente recaería en un tercero asignado «ad hoc» por la madre.

La solución al respecto, ya se aportó en el informe emitido por el Equipo Psicosocial en el que se concluyó que resultaba necesario suprimir la posibilidad de acceso al menor por parte de la figura maltratante. Tal solución es la que también recomendó categóricamente el perito dirimente si bien teniendo en cuenta de que, como se ha dicho, se llega a la conclusión, que se comparte, de que dicha figura maltratante recae en la madre.

Mas, en principio, una separación demasiado prolongada se podría entender que podría resultar excesivamente traumática (teniendo en cuenta además que José Antonio tiene una hermanita con la que también convive) no sólo para la madre, lo

que resulta evidente, sino también para el niño. Ciertamente, cualquier medida que se adopte al respecto, a corto plazo podrá aparecer como drástica y contraria al interés del niño, pero lo que no sería óbice para acordarla (tal como también de forma categórica aclaró el perito dirimente) cuando se informa de que esa medida a medio y largo plazo resultará altamente beneficiosa y positiva para el menor. No obstante, se reitera, se procurará que resulte lo menos traumática posible en el sentido de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 158.3 del Código Civil, y ante la grave situación de riesgo detectada, a fin de que el niño recupere el afecto y relación normalizada con su padre del que injustificadamente su madre le intentó apartar desde el mismo inicio de su separación, se estima necesario o imprescindible que el niño pase a convivir con su padre un período mínimo de DOS MESES, que se corresponderán con las de vacaciones de verano. Ello de por sí, en principio no habría de resultar ni sorprendente ni alarmante, teniendo en cuenta que es norma habitual que los niños y niñas de parejas separadas puedan pasar esos períodos con los progenitores no custodios. De ahí que se entienda como una medida mínimamente traumática y sin perjuicio del dramatismo con el que se quiera interpretar por la Sra. María y su Letrada.

En ese período quedará restringido todo contacto del niño con su madre y entorno, para permitir que se restablezcan los lazos y vínculos afectivos entre padre e hijo sin nuevas interferencias por parte de la fuente alienante

Dados los antecedentes de obstrucción y reiterado incumplimiento a todos los requerimientos judiciales (desde incluso antes, como se expresó, que se dictara sentencia) y ante la incalificable amenaza que en el acto de la vista celebrada el 9 de junio, tras oír las recomendaciones del perito y conocer el contenido del informe del Ministerio Fiscal profirió la Letrada de doña María, y por la que se le abrió expediente disciplinario, en el sentido de que si se dictaba una resolución conforme a lo apuntado por el perito e instado por el Ministerio Público, que se tuviera en cuenta que se iba a desobedecer esa resolución y que el niño no se iba a entregar ni ahora ni nunca (constan esas expresiones en el acta audiovisual); y dado que se considera que resulta imprescindible que la medida acordada se materialice y ejecute de manera urgente, aprovechando las vacaciones estivales y dado que, en todo caso, la dilación en ese cumplimiento comportaría que la solución indicada por el perito especialista, como el mismo se encargó de advertir, no pudiera llevarse a efecto pues el proceso de alienación parental severo apreciado sería prácticamente irreversible, pues bien a tenor de todo ello se considera oportuno e imprescindible que la pre-

sente resolución se notifique a la demandada advirtiéndole expresamente que voluntariamente habrá de comparecer el día 14 de julio a las 10:00 horas, en Punto de Encuentro Familiar de Sevilla sito en Calle San Víctor núm. 5 local, para entregar al niño junto con sus ropas y enseres, preparando a José Antonio para que acepte y comprenda que se va a ir con su padre, y sin perjuicio de que, también, por los técnicos de dicho centro se intente hacer ver al menor que su padre le quiere y que sólo se trata de pasar con él las vacaciones de verano. Así mismo se le advertirá que si no compareciere voluntariamente con el niño, se procederá a la retirada forzosa del menor por la Unidad de Policía APROME con sede en Avda. Américo Vespucio, 15 de Sevilla, en el día y hora que se señale al efecto, lo cual indudablemente, resultaría mucho más traumático par el menor, siendo sintomático de una muestra más de maltrato infantil.

Transcurridos esos dos meses, el día 15 de septiembre, se celebrará una nueva comparecencia con las partes, el Ministerio Fiscal y el perito dirimente para valorar la posibilidad de que José Antonio vuelva a vivir con su madre y hermana, recuperando doña María su guarda y custodia y restableciendo un régimen de visitas con el padre positivo y saludable, o bien si procede mantener el régimen de separación cautelar indicado y sin perjuicio de lo que al respecto pueda acordar la Audiencia Provincial, si se plantea Recurso de Apelación y por entonces hubiere resuelto el órgano superior.

Se insiste, en el presente caso se justifica la urgencia en la ejecución en las apreciaciones y recomendaciones del perito dirimente quien manifestó que el niño con 7 años aún está a tiempo de restablecer lazos afectivos con el padre y superar el proceso de alineación severo al que ha estado sometido. Esa solución no sería posible si se dejase transcurrir más tiempo, debiendo ser urgente e inmediata la reacción judicial, máximo teniendo en cuenta que ésta se produce transcurridos 3 años desde que el padre tuvo la última oportunidad de tener un contacto prolongado con su hijo (agosto de 2003).

Por tanto, nos encontraríamos ante una situación en la que el interés del menor exige y requiere de una ejecución inmediata y en la que la dilación y suspensión de lo resuelto podría acarrearle un perjuicio irreparable.

A fin de que la madre pueda estar más tranquila sobre la evolución de su hijo, siendo consciente de que el padre ejercerá habilidades para ganarse su afecto y confianza, éste tendrá la obligación de informar semanalmente al Juzgado sobre dicha evolución, de la que se dará traslado a la madre.

QUINTO.— Por último y al paso de las afirmaciones demagógicas de que no existe síndrome de alineación parental, y que resulta una invención y quimera para demonizar a las mujeres, de entrada se ha de contrarrestar en el sentido de que se trata de un síndrome que no tiene sexo, pues el mismo puede ser provocado por padres o madres custodios e incluso por parte de progenitores no custodios que intentan influir, por razones de conveniencia y egoísmo, en la voluntad de sus hijos para que se produzca un cambio de guarda y custodia. Es un fenómeno, que por desgracia, se ve con frecuencia en los Juzgado de Familia y que constituye un evidente supuesto de maltrato infantil, como recientemente ha expuesto el propio Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid (nada sospechoso al respecto) que ha publicado un folleto divulgativo sobre tal síndrome que tanto daño ocasiona a los menores, hijos de parejas con una separación patológica.

Pero lo que resulta más demagógico es el afirmar que no se puede tener en cuenta la existencia de ese síndrome por no estar recogido en el manual diagnóstico de la Organización Mundial de la Salud, pues aun siendo cierto, también habría que objetar que carecerían de rigor científico y por tanto de cualquier tipo de virtualidad, otro tipo de síndromes con los que hoy en día la sociedad se ha acostumbrado a convivir: el síndrome de mujer maltratada o el «mobbing», por ejemplo. Es más, el propio SIDA no fue recogido y reconocido científicamente hasta finales de los años ochenta, antes no estaba reflejado en ningún manual médico y los foros internacionales no lo incluyeran en sus temas de debate, lo que indudablemente no significaba que no existiera, pues cuando de hecho se le dio un nombre aceptado por toda la comunidad científica ya era el responsable de miles de muertes en todo el mundo.

Más aún la Corte Europea de Derecho Humanos de Estrasburgo en su sentencia núm. 25735/94, de 13 de julio de 2000, condenó a Alemania por el daño moral que un padre había sufrido al verse privado de su hijo. El mismo Tribunal en sentencia núm. 31871/96, de 8 de julio de 2003, declaró que los Tribunales deben averiguar si el Síndrome de Alienación Parental está presente y determinar sus consecuencias para el desarrollo del hijo, con

intención de establecer «el verdadero deseo de éste».

Por último destacar que el Tribunal Constitucional en su sentencia 4/2001, de 15 de enero de 2001, afirmó:

«El hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos a los que se debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada»

El consustancial interés del menor y esta doctrina son las que inspiran esta resolución que se dicta conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal que social e institucionalmente es el valedor de los derechos de los niños y niñas. Razones, pues, de carácter público que fuerzan a adoptar unas medidas cuyas consecuencias serán más o menos traumáticas y lesivas a corto plazo (pues a medio y largo ya se ha dicho que resultarán positivas y beneficiosas) dependiendo del cambio de comportamiento y actitud de ambos progenitores, empezando por un cumplimiento voluntario por parte de la madre.

SEXTO.— No procede imponer las costas del incidente a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO.— Adoptar como medida de aseguramiento y protección del menor José Antonio las que se expresan literalmente en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta resolución, que se da por reproducido.

Todo ello sin imponer las costas del incidente a ninguna de las partes.

Por último se librára oficio al Punto de Encuentro Familiar para que lleve a cabo la diligencia acordada e informe al Juzgado sobre su resultado.

Contra este auto cabe interponer recurso de apelación, que no suspenderá la ejecución.

Revista de Derecho de

familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

Aun partiendo del principio incuestionable de que las parejas del mismo sexo no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho.

RESOLUCIÓN DE 5 DE JUNIO DE 2006

Aun partiendo del principio incuestionable de que las parejas del mismo sexo no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción, resultando en el primer caso, respecto de la madre, del hecho del nacimiento (cfr. artículo 87 del Código catalán de familia). El principio de veracidad biológica que inspira nuestro Ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

De los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución contraria y la postura mantenida en cuanto a la unidad de la maternidad es la que resulta del Código de Familia catalán, del Código Civil y de la legislación del Registro Civil. Recuérdese que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradictoria acreditada (cfr. artículos 113, II, CC y 50 LRC).

En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través de todo el mecanismo de la adopción. Esta posibilidad no está limitada en la actualidad a las parejas heterosexuales, sino que se encuentra abierta en el Derecho positivo vigente del Código Civil y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes, también a las parejas del mismo sexo (*vid.* Ley 3/2005, de 8 de abril, de Parlamento de Cataluña que modifica la Ley 9/1998, del Código de Familia), a cuyo través se podrá obtener la constitución de una relación jurídica de filiación de igual contenido que la pretendida por las recurrentes dado el principio de equiparación absoluta

entre la filiación natural y la adoptiva que se establece en los artículos 108 del Código Civil y 113 del Código de Familia de Cataluña, en cumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución que proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

No puede pretenderse una aplicación analógica de lo dispuesto del apartado primero del artículo 97 del Código de Familia, conforme al cual «Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público», al supuesto de un reconocimiento de maternidad por parte de una mujer distinta de la progenitora que convive con la madre gestante, ya que, aún siendo cierto que en los casos contemplados en el trascrito precepto cuando la inseminación es heteróloga, esto es, cuando el material reproductor procede de donante anónimo distinto del varón que haya prestado su consentimiento, se crea un título de atribución de la paternidad no basado en la realidad biológica, esta ficción legal tan sólo se consagra para los casos en que el progenitor legal no biológico que ha prestado su consentimiento es el marido o conviviente con la mujer a la que se aplican las técnicas de reproducción asistida.

En efecto, el régimen de la filiación de los nacidos con la ayuda de las técnicas de reproducción asistida viene integrado por las reglas especiales contenidas en el Capítulo III de la Ley de 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida –vigente a la fecha de la calificación recurrida– y, a salvo estas especialidades, por las normas generales vigentes sobre filiación contenidas en el Código Civil y en las demás normas civiles en vigor en las distintas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio.

La idea que preside la Ley de 22 de noviembre de 1988, sustancialmente coincidente en esta materia con la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, es la de

que los hijos, en el sentido legal del término, no son sólo los engendrados por la carne. Se trata de un enfoque que, aunque no radicalmente novedoso (de hecho en la regulación general del Código Civil el título de atribución del estado civil de filiación no es sólo el hecho de la generación, filiación que tiene lugar por naturaleza, sino también el que nace de un acto jurídico, y no de un hecho natural, a través de la adopción –artículo 108 CC–, admitiéndose también que la relación legal de filiación puede no ser coincidente con la filiación biológica por razón de las limitaciones impuestas en materia de legitimación y plazos a las acciones de impugnación), pero que ciertamente se aparta del principio general que inspira la regulación legal vigente en España en materia de filiación desde la reforma introducida en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981 que está basada en la finalidad de facilitar la investigación de la verdadera paternidad a fin de dotar a ésta de eficacia jurídica en función del citado principio de veracidad de la paternidad, principio que ha sido reforzado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, y por la más reciente de 27 de octubre de 2005 que declaran la inconstitucionalidad de los artículos 136.1 y 133.1 del CC, respectivamente.

Para analizar sistemáticamente la cuestión objeto de controversia en el presente caso se ha de partir de la distinción entre los supuestos de inseminación homóloga y los de inseminación heteróloga. En los primeros se utiliza material reproductor de quien legalmente va a ser padre del nacido, en tanto que en los segundos se produce la fecundación con gametos de un varón distinto del futuro padre legal (se trata del supuesto que la ley denomina fecundación con contribución de donante). Este supuesto abarca no sólo los casos en que el donante del material reproductor no es otro varón, sino también aquellos en que es otra mujer la que contribuye a la reproducción donando los óvulos que van a ser fecundados e, incluso, cabe que la donación sea bilateral, esto es, tanto de los espermatozoides como de los óvulos que intervendrán en el proceso de fecundación. En el presente caso el supuesto que se presenta es el descrito en primer lugar, esto es, el de inseminación heteróloga con contribución de donante masculino, siendo los óvulos fecundados de la propia madre gestante. Esta precisión permite ya identificar el régimen jurídico aplicable al supuesto de hecho.

En los supuestos de inseminación heteróloga nos encontramos con un título de atribución de la filiación que no consiste, respecto del varón que va a ostentar la condición de padre legal, en el hecho de la generación biológica, sino en un proceso jurídico complejo, integrado básicamente por dos elementos: Un acto jurídico al que se atribuye

naturaleza negocial de carácter previo por el cual se asume una paternidad del hijo de determinada mujer todavía no concebido que no es imputable por razón de naturaleza, unido a la condición legal de encontrarse el material reproductor del donante en el útero de la mujer designada en el previo acto negocial antes del fallecimiento del varón. No existe ningún otro requisito legal de carácter sustantivo, ni siquiera el matrimonio o la existencia de una relación de pareja de hecho estable entre los futuros padres legales.

La naturaleza jurídica del acto negocial previo es la propia de un negocio jurídico que afecta al estado civil, por lo tanto con un contenido tipificado por la ley, con escaso margen de configuración para la autonomía de la voluntad al tener sus normas rectoras carácter cogente y de orden público. Se trata, además, de un negocio jurídico formal integrado por dos voluntades, la del varón que consiente la paternidad, y la de la mujer que presta su asentimiento a dicha paternidad, y cuyos efectos guardan cierta analogía con los que se desprenden de la adopción en cuanto que generador de un título de atribución de una filiación que no corresponde por naturaleza, si bien en el caso de la adopción se confiere un estado de filiación a una persona que ya existe y no es un mero *concepturus*, pero no así su procedimiento de formalización que, entre otras diferencias importantes con la adopción, no prevé la intervención de la autoridad judicial ni de cualquiera otra, sino tan sólo la de un Centro o establecimiento autorizado, público o privado (artículos 18 y 20.3 Ley 35/1988, de 22 de noviembre).

Esta regulación, que presenta carácter imperativo o de *ius cogens*, y que remite la determinación de la filiación a las reglas generales de nuestro Código civil o normas civiles autonómicas comunes, con las solas salvedades recogidas en la propia ley especial, tan sólo contempla, como se ha visto, la posibilidad de atribuir la filiación no biológica en los casos de reproducción asistida por inseminación heteróloga al varón, casado o no con la mujer usuaria de la técnica reproductora, que consiente la fecundación, y en ningún caso a otra mujer.

Podría pensarse que esta regulación legal ha de ser objeto de una interpretación extensiva en atención a los elementos interpretativos contenidos en el artículo 3 del Código Civil relativos a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y al contexto normativo en que se localizan, especialmente teniendo en cuenta que las adopciones de menores por parte de dos personas del mismo sexo han sido admitidas en Cataluña desde la aprobación de la Ley 3/2005, de 8 de abril de su Parlamento autonómico, y en el conjunto de España desde la aprobación de la

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio que incorpora al artículo 44 del Código una proclamación de igualdad de requisitos y efectos del matrimonio con independencia de que los contrayentes sean del mismo o distinto sexo.

Sin embargo, esta vía interpretativa queda impedida por el hecho de que la citada reforma del Código Civil operada por la Ley 13/2005 ha dejado incólume toda la regulación del régimen legal de la filiación –artículos 112 a 141 CC–, sin que la reforma que se introduce en la redacción del artículo 48 de la Ley del Registro Civil tenga propiamente un alcance sustantivo o material, ya que, como acertadamente señala el Encargado del Registro Civil en su informe preceptivo, la extensión a la filiación materna del régimen de constancia registral en la inscripción de nacimiento por referencia a la inscripción del matrimonio de los padres o por inscripción de reconocimiento, no pasa de ser una mejora de técnica legislativa referida a la forma de la constancia registral de tal filiación, puesto que

la posibilidad de que la madre sea determinada por su reconocimiento del hijo es una posibilidad que ya antes de la citada reforma era admitida por nuestro Ordenamiento jurídico con total claridad (cfr. artículo 49 LRC). Pero es que, además, la reciente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mantiene en esta materia de la determinación legal de la filiación el mismo esquema y contenido normativo que el que ya figuraba en la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de forma que tan sólo contempla la posibilidad de que la filiación concurrente con la de la madre usuaria de las técnicas de fecundación asistida, sea la del marido o varón no casado con la madre que la consiente, tanto en el caso de que se utilicen gametos procedentes de este último como en el caso de la utilización de material reproductor procedente de donante anónimo (cfr. artículos 6 a 9 Ley 14/2006), sin que este Centro Directivo pueda ir por vía de interpretación más allá de lo recientemente decidido y aprobado por el legislador.

FILIACIÓN

Admisibilidad de que pueda modificarse el nombre de la menor adoptada en la India por el que se hayan impuesto los padres adoptantes.

RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2006

Por sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª instancia núm. 2 de V. en procedimiento de adopción, se acordó la adopción por los promotores de la menor «R.» con el nombre de «J.» y los apellidos primero del padre, como primero, y primero de la madre, como segundo. Dicha sentencia, a su vez, tomó en consideración la orden judicial de 2002, dictada por el Tribunal Superior de B. que nombraba tutores conjuntos de la menor a los promotores, autorizando su traslado fuera de la India con el fin de la formalización de la adopción en España. El Registro Civil Central practicó la inscripción por transcripción del certificado del Registro local y hoja declaratoria de datos e hizo constar como nombre de la inscrita el de «R.» y no el de «J.» que los padres habían solicitado. El Ministerio Fiscal, previamente, había emitido informe desfavorable respecto del nombre «J.» por entender que el Juez de Primera Instancia, que dictó el auto de constitución de la adopción carecía de competencia para acordar un cambio de nombre de la adoptada.

Cuando se inscribe en el Registro Civil español el nacimiento de quien ha adquirido la naciona-

lidad española, debe consignarse en el asiento el nombre propio que esta persona tuviese atribuido según su anterior ley personal, a no ser que se pruebe que usaba de hecho un nombre propio distinto (cfr. artículos 23 LRC y 85 y 213 RRC). En este caso, el nombre «R.» con que se ha inscrito a la hija de los recurrentes por el Registro Civil Central, es el que correspondía a la vista de la certificación del Registro local y de la orden judicial del Tribunal de Bombay antes citadas, títulos que sirvieron de base a la inscripción y en los que es ése el nombre que consta. En consecuencia, ha de estimarse correcta la calificación efectuada. 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.* Res. de 25 de noviembre de 2005 4.^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 antes citada, esto es, el artículo 213 núm. 1 del Reglamento del Registro Civil, que da preferencia, respecto del extranjero que adquiere la nacionalidad española, al nombre que el mismo viniera usando. Por lo demás, la concurrencia de

justa causa es evidente en un cambio de nombre propio fundado en una adopción, pues por medio de él se consigue una mayor integración del menor en la nueva familia y una mayor ruptura con la situación anterior.

FILIACIÓN

No basta la declaración voluntaria y solemne por sí sola para provocar la inscripción, sino que, por el contrario, la inscripción del reconocimiento de paternidad deberá ser denegada cuando este reconocimiento resulte ambiguo o cuando por cualquier otro motivo puede deducirse fundadamente que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del menor.

RESOLUCIÓN DE 5 DE JULIO DE 2006

El reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil puede llevarse a cabo en el momento mismo de la inscripción del nacimiento dentro del plazo previsto por los artículos 42 de la Ley del Registro Civil y 166 de su Reglamento, pero también puede tener lugar «mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el Encargado del Registro Civil» (cfr. artículo 49 LRC). Ahora bien, como puso de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo, de 8 de septiembre de 1992, no basta la declaración voluntaria y solemne por sí sola para provocar la inscripción, sino que, por el contrario, la inscripción del reconocimiento de paternidad deberá ser denegada cuando este reconocimiento resulte ambiguo o cuando por cualquier otro motivo puede deducirse fundadamente (cfr. artículo 28 LRC) que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del menor.

Así se desprende de la Resolución citada, conforme a la cual para que sea inscribible el reconocimiento de la paternidad no matrimonial de un menor de edad es necesario, no sólo que se cumplan los requisitos exigidos por la Ley (artículos 120.1.º y 124 CC), sino que, además, en el título solemne presentado aparezca de modo inequívoco y sin ambigüedades, la afirmación del padre de tener al reconocido como hijo suyo. Aunque las facultades calificadoras del Encargado no alcancen a la comprobación previa y rigurosa de la veracidad de la declaración (artículo 27 LRC) y no quede por ello impedida totalmente la eficacia *prima facie* de los llamados reconocimientos de complacencia, es obvio que, en armonía con el principio de veracidad biológica, informador del Código Civil en materia de filiación, habrá de ser rechazada la inscripción del reconocimiento cuando del título formal acompañado y, en su caso, de las diligencias

comprobatorias oportunas (artículo 28 LRC) se desprenda que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido.

Hay que insistir en la idea de que la regulación de la filiación en el Código Civil español se inspira en el principio de la veracidad biológica (principio reforzado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo y por la más reciente de 27 de octubre de 2005 que declaran la inconstitucionalidad de los artículos 136.1 y 133.1 del CC, respectivamente), de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad, lo cual puede suceder cuando la madre extranjera y representante legal del menor declare de modo solemne ante el Encargado del Registro que no conoce al autor del reconocimiento o que el mismo no es el padre biológico del nacido. En tal situación no puede estimarse que haya concurrido el consentimiento expreso de la representante legal del menor establecido para la eficacia del reconocimiento (cfr. artículo 124 I, CC). Pero puede llegarse también a la misma conclusión si se prueba que no ha podido haber cohabitación entre la madre y el presunto padre en el período en que presumiblemente tuvo lugar la concepción.

A este respecto se ha de recordar que la reciente Instrucción de 20 de marzo de 2006 de esta Dirección General de los Registros y del Notariado sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil acordó hacer público el texto de la Recomendación núm. 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de esta-

do civil y su memoria explicativa adoptadas en Estrasburgo por la Asamblea General el 17 de marzo de 2005 y comunicar a todos los Encargados de los Registros Civiles españoles, Municipales, Consulares y Central, que los criterios y orientaciones prácticas que en orden a la prevención del fraude documental en materia de estado civil se contienen en la citada Recomendación de la Comisión Internacional del Estado Civil deberán ser valorados y, en su caso, invocados conforme a lo dispuesto en los artículos 23 y 27 de la Ley del Registro Civil y 85 de su Reglamento, en la calificación de las certificaciones de las actas de los Registros Civiles extranjeros que se presenten en un Registro Civil español bien como título directamente inscribible, bien como documento complementario en cualquier tipo de expediente o actuación registral, que por identidad de causa y razón deben ser aplicados analógicamente al caso ahora examinado, y entre cuyas recomendaciones se incluye la de que «Cuando existan indicios que hagan dudar de la exactitud de los datos que figuran en el documento presentado o de la autenticidad de las firmas, el sello o el documento en sí mismo, la autoridad competente en el asunto realizará todas las comprobaciones necesarias, en particular con el interesado» y la de que «Cuando de los elementos verificados se desprenda el carácter fraudulento del documento presentado, la autoridad competente se negará a otorgarle efecto alguno».

Y es que si ciertamente el reconocimiento de filiación no está sujeto en nuestro ordenamiento a un trámite obligado de verificación previa sobre la veracidad biológica del hecho de la procreación, y siendo igualmente cierto que no es posible en el ámbito extrajudicial que, una vez determinada legalmente la filiación no matrimonial, las personas a las que la ley ha atribuido la facultad de establecer, por sus declaraciones de voluntad, la relación paternofilial puedan desdecirse o retractarse de su

declaración, yendo contra sus propios actos y manifestando posteriormente que los nacidos no son los hijos biológicos del autor del reconocimiento (cfr. Resolución de 22 de diciembre de 1994), no lo es menos que el Encargado del Registro competente para su inscripción marginal, en el ejercicio de su función calificadora, conformada por los artículos 27 y 28 Ley Registro Civil, no sólo podrá y deberá calificar la declaración del autor del reconocimiento en cuanto a su capacidad e identidad, (así, por ejemplo, en los supuestos en que hubiera muy poca diferencia de edad entre el que reconoce y el reconocido), examinando igualmente la necesaria concurrencia de los requisitos legales establecidos en garantía de la defensa de los intereses del reconocido para la eficacia del reconocimiento, (artículo 124 Código Civil, consentimiento expreso del representante legal del menor reconocido o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal; o consentimiento expreso del reconocido mayor de edad, artículo 123 Código Civil), y que no esté acreditada una filiación contradictoria (artículo 113 CC), sino que también deberá denegar la inscripción de los denominados reconocimientos de complacencia si se prueba que no ha podido haber cohabitación entre la madre y el presunto padre en la época en que se produjo el embarazo o, en general, cuando existan en las actuaciones cualesquiera datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad.

En estos casos, cuando el nacimiento ha acaecido fuera de España y el reconocido tiene la nacionalidad extranjera de la madre el nacimiento no puede ser inscrito en el Registro español (cfr. artículo 15 LRC) razón por la cual no debe ser reconocido en España el vínculo de filiación entre el nacido y el supuesto padre autor del reconocimiento.

MATRIMONIO

Habiéndose decretado el divorcio de una persona que adquirió la nacionalidad española, no existe ningún obstáculo para que pueda inscribirse el segundo de los matrimonios que contrajo en México con anterioridad a obtener la nacionalidad.

RESOLUCIÓN DE 7 DE JUNIO DE 2006

Del artículo 15 de la Ley del Registro Civil se desprende que son inscribibles en el Registro Civil español los hechos acaecidos en el extranjero relativos a españoles. Desarrollando este precepto el

artículo 66 del Reglamento, en la parte que aquí interesa, precisa que «en el Registro constarán los hechos que afecten a españoles, aunque determinen la pérdida de la condición de tales o hayan acaecido

antes de adquirirla. También se inscribirán los que afecten mediatamente a su estado civil».

Sobre esta base se discute en el presente recurso si, habiendo adquirido la interesada la nacionalidad española por opción en 2003, es inscribible su matrimonio celebrado en México con un mejicano en 1992, dándose la circunstancia de que este matrimonio fue disuelto por sentencia de divorcio pronunciada por un Tribunal mexicano en 1996. La solicitud de la interesada no se refiere a este primer matrimonio, sino a uno ulterior celebrado también en México en 1999, solicitud que es denegada por el Encargado del Registro Civil Consular por no haberse acreditado el *exequatur* de la sentencia extranjera del divorcio anterior. Ahora bien, este requisito del *exequatur* tan sólo será necesario si la inscripción del segundo matrimonio, vigente al tiempo de adquirir la interesada la nacionalidad española, requiere como condición necesaria la previa inscripción del primer matrimonio y de su divorcio vincular anterior.

Pues bien, a estos efectos es ya doctrina consolidada de este Centro Directivo que el matrimonio anterior celebrado en el extranjero de quien adquiere la nacionalidad española únicamente debe ser inscrito si el mismo subsiste. Tanto el artículo 15 de la Ley como el artículo 66 del Reglamento se refieren a hechos inscribibles que sigan afectando a quienes han devenido españoles. Nótese que se utilizan las formas verbales «afectan» y «afecten», que pertenecen al modo presente, y no las apropiadas al modo pretérito «han afectado» y «hayan afectado». Esta interpretación gramatical se compagina con la finalista: el interés público del Registro se ve satisfecho con que tengan acceso a él los hechos que actualmente configuren el estado de los extranjeros naturalizados españoles, mientras que sería a todas luces excesivo reconstruir en su totalidad el historial jurídico-civil de cada nuevo español. En consecuencia siendo únicamente inscribible el segundo matrimonio y no el primero carece de sentido que se subordine la inscripción de éste a la previa justificación de la eficacia en España del divorcio de un matrimonio no inscribible en el Registro Civil español.

Ratifica la idea anterior el hecho de que la capacidad para contraer matrimonio de un extran-

jero –advírtase que la recurrente lo era al tiempo de celebrar su segundo matrimonio– se rige por su estatuto personal determinado por la ley nacional (artículo 9.1 CC) y en este caso está acreditado por la documentación presentada que la interesada, nacional mexicana en el momento de la celebración del matrimonio que se pretende inscribir, era de estado civil divorciada según sentencia firme dictada en México, por lo que en principio no hay dificultad alguna para admitir la validez, a los efectos del Ordenamiento jurídico español, de su segundo matrimonio.

No debe inducir a confusión que el artículo 107. II, del Código Civil establezca que las sentencias de divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley del Enjuiciamiento Civil, porque esta exigencia del *exequatur* de la sentencia extranjera de divorcio ha de entenderse limitada a sentencias extranjeras que afecten a ciudadanos españoles –entiéndase al tiempo en que fueron dictadas– o a matrimonios previamente inscritos en el Registro Civil español, lo que no ocurre en el presente caso. Como señala el artículo 84.1.º del Reglamento no es necesario que tengan fuerza directa en España las sentencias extranjeras que determinen o completen la capacidad para el acto inscribible. La sentencia de divorcio mexicana tiene pleno valor probatorio para acreditar la capacidad matrimonial de la ciudadana mexicana al tiempo de la celebración de su segundo matrimonio y, dado que aquella sentencia carece de efectos constitutivos o ejecutivos en España en el ámbito registral, pues el matrimonio disuelto por tal sentencia ni está inscrito en el Registro Civil español ni puede estarlo por razón de la falta de competencia de este Registro para inscribir un matrimonio carente de vínculos con nuestro Ordenamiento (cfr. artículo 15 LRC), según antes se ha razonado, resulta innecesario su reconocimiento en España a través del *exequatur* previsto por el artículo 107 del Código Civil (*vid.* Resoluciones de 10 de junio de 1989, 4 de diciembre de 1991 y 6.1.ª de noviembre de 2000).

MATRIMONIO

No puede inscribirse en el Registro Civil el matrimonio de un español de origen hindú al no aportarse certificación de matrimonio no siendo suficiente la mera declaración de la contrayente en la que ésta manifiesta bajo juramento que el matrimonio se contrajo.

RESOLUCIÓN DE 8 DE JUNIO DE 2006

En el presente caso, el interesado, de nacionalidad española adquirida por residencia en 1992, hindú de origen, solicita la inscripción en el Registro Civil español de su matrimonio celebrado en India en 1984, inscripción que es denegada por el Registro Central, porque no se aporta el acta de celebración o certificación del Registro local acreditativa de dicha celebración, sino la declaración jurada que hace la propia interesada ante el «Magistrado Ejecutivo y Recaudador adjunto de J.» en 1999 y otra anterior en 1984. Por el Juez Encargado se deniega la inscripción por no quedar acreditada la celebración, así como lugar y fecha y demás circunstancias del matrimonio que permitieran apreciar que se cumplieron los requisitos exigidos legalmente, habiéndose aportado una declaración jurada.

Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el Registro Civil español competente (cfr. artículos 15 LRC y 66 RCC), siempre, claro es, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. Por esta razón ha de examinarse la cuestión sobre si cumple estas exigencias el matrimonio de los promotores celebrado, según se dice, en India, en 1984.

La competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central por estar el promotor domiciliado en España (cfr. artículo 68, II RRC) y la vía registral para obtener el asiento ha de consistir bien en la certificación del Registro extranjero, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cfr. artículos 23 LRC y 85 y 256.3.º RRC), bien en el expediente al que se refiere el artículo 257 del Reglamento «en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos».

En el caso actual no hay certificación del Registro Civil de India, sino la mera declaración de la contrayente en la que ésta manifiesta bajo juramento que el matrimonio se contrajo «el en 1984 en J. (India)». Pero esta declaración, en la que ni siquiera constan todos los datos de los que la inscripción da fe, no se considera desde el punto de vista de la legislación española título válido para practicar la inscripción, ni tampoco la anotación prevista en el artículo 271 del Reglamento o a través de un expediente con valor de presunción (cfr. artículo 38.2.º LRC). Lo anterior no ha de impedir que, si llegan a suministrarse más pruebas, sea factible reiterar el expediente y obtener, bien la inscripción, bien la anotación del matrimonio.

MATRIMONIO

No es inscribible un matrimonio contraído por un español en Marruecos al haber quedado acreditado que con anterioridad había contraído otro matrimonio que se disolvió por divorcio mucho después de contraerse el segundo matrimonio.

RESOLUCIÓN DE 27 DE JUNIO DE 2006

Un español puede contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (cfr. artículo 49 CC). Ahora bien, la inscripción de este enlace, aunque conste su existencia por medio de la oportuna certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cfr. artículo 256.31 RRC) está some-

tida a la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales para su celebración (cfr. artículo 65 CC). Por esto, la calificación del Encargado, a la vista de esa certificación y del documento que prueba la disolución de anteriores vínculos (cfr. artículo 241 RRC), debe alcanzar al control de la inexistencia de impedimentos, pues ha de llegarse a

la convicción de que el matrimonio es válido y legal para el Derecho español (cfr. artículos 23 y 27 LRC y 85 y 256 RRC).

En el presente caso el matrimonio se ha celebrado en Marruecos en 1990 pero el Registro Civil español está proclamando, con el valor probatorio que le es propio, que el contrayente español había celebrado antes otro matrimonio en Marruecos en 1975, habiendo quedado disuelto por divorcio según Sentencia dictada por Tribunal español con fecha 19 de febrero de 2003. Consiguientemente en 1990 el español estaba ligado por vínculo matrimonial y no es inscribible, por concurrir el impedimento de vínculo, su posterior matrimonio contraído en esta última fecha, dado que incurre en la causa de nulidad prevista en el artículo 73 núm. 2 del Código

Civil al contravenir la disposición contenida en el artículo 46 núm. 2 del mismo cuerpo legal, conforme al cual no pueden contraer matrimonio «los que estén ligados con vínculo matrimonial».

Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de que el matrimonio discutido, que no reúne los requisitos exigidos para su validez por el Código civil, pueda ser objeto de anotación (cfr. artículos 80 LRC y 271 RRC) a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, teniendo el asiento un valor simplemente informativo y sin que en ningún caso constituya la prueba que proporciona la inscripción, lo que deberá hacerse constar de modo destacado en el asiento y en las certificaciones que se expidan (cfr. artículos 38 LRC y 145 RRC).

MATRIMONIO

No puede inscribirse un matrimonio contraído entre dos extranjeros en la República dominicana habiendo adquirido uno de ellos posteriormente la nacionalidad española, al acreditarse que se trata de un matrimonio de conveniencia.

RESOLUCIÓN DE 27 DE JUNIO DE 2006

Se trata en el presente caso de un matrimonio contraído en República Dominicana entre dos ciudadanos de dicho país de los cuales uno adquiere inmediatamente después la nacionalidad española.

El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. artículos 45 y 73.1.º CC). Para evitar en la medida de lo posible la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, esta Dirección General dictó en su momento la Instrucción de 9 de enero de 1995 y recientemente la de 31 de enero de 2006, dirigidas a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

Las Instrucciones citadas tratan de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. artículo 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. artículos 56, I, CC y 245 y 247 RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en

el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales –sin excepción alguna– para la celebración del matrimonio (cfr. artículo 65 CC) y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (artículo 256.3.º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y «de las declaraciones complementarias oportunas» se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española». Así lo señala el artículo 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23, II, de la Ley y 85 de su Reglamento.

La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios objetivos, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe inscribir un

matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. artículos 45 y 73.1.º CC). No obstante, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. artículo 386 LEC), a cuya finalidad presenta gran importancia práctica la cuidadosa realización de las audiencias reservadas antes mencionadas.

Ahora bien, respecto de los supuestos de matrimonio celebrados en el extranjero por dos ciudadanos de nacionalidad extranjera, y para el caso de que subsistiendo tal matrimonio uno, al menos, de los cónyuges haya adquirido después la nacionalidad española, caso en el que el Registro Civil español pasa a ser competente sobrevenidamente para su inscripción (cfr. artículo 15 LRC), la doctrina oficial de este Centro Directivo viene sosteniendo que en tales casos resulta improcedente que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial, ya que no hay puntos de conexión que justifiquen tal aplicación, dado que la capacidad de los contrayentes, a la fecha de la celebración del matrimonio que es el momento en que ha de ser valorada, se rige por su anterior ley personal (cfr. artículo 9 núm. 1 CC), lo que justifica su inscripción registral. Sin embargo, siendo cierto lo anterior, también lo es que dicha doctrina requiere, y así se hace constar reiteradamente en las Resoluciones de esta Dirección General en la materia, que no existan dudas de que el enlace ha cumplido los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley extranjera aplicable, requisitos que en principio habrán sido apreciados favorablemente por parte de los órganos registrales competentes extranjeros que primero autorizaron y después inscribieron el matrimonio.

Lo anterior no debe, sin embargo, llevar a la conclusión de que la ley extranjera que integre el estatuto personal de los contrayentes se haya de aplicar siempre y en todo caso, sino que en ejecución de la regla de excepción del orden público internacional español, deberá dejar de aplicarse la norma foránea cuando deba concluirse que tal aplicación pararía en la vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro Ordenamiento jurídico. Y a este propósito no es vano recordar la doctrina de este Centro Directivo en el sentido de que el consentimiento matrimonial real y libre es cuestión que por su carácter esencial en nuestro Derecho (cfr. artículo 45 CC) y en el Derecho Internacional Convencional y, en particular, el Convenio relativo al consentimiento

para el matrimonio, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1962 (BOE del 29 de mayo de 1969), cuyo artículo primero exige para la validez del matrimonio el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, debe ser considerada de orden público.

Es por ello que no cabe inscribir un matrimonio por las autoridades del foro, cuando hay un grado de certeza suficiente de que ha sido utilizado como instrumento con el que conseguir fines impropios del mismo, en este caso, de carácter migratorio, puesto que no ha existido un consentimiento real de los contrayentes, lo que debe conducir a su rechazo como supuesto de simulación, aun cuando los interesados estén sujetos por su estatuto personal a legislaciones que admitan en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, descausalizado o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio (cfr. artículo 12 núm. 3 CC), facilitando con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley a las normas rectoras de la nacionalidad o la extranjería o a otras de diversa índole. Pero con ser esto último importante, no es lo determinante para excepcionar la aplicación de la ley extranjera, sino el hecho de que un consentimiento simulado supone una voluntad matrimonial inexistente, en la medida en que la voluntad declarada no se corresponde con la interna, produciéndose en tales casos una discordancia consciente cuyo efecto es la nulidad absoluta, *ipso iure* e insubsanable del matrimonio celebrado (cfr. artículo 74 CC), y ello cualquiera sea la «causa simulationis», o propósito práctico pretendido *in casu*, que actúa como agente de una ilicitud civil incompatible con la protección jurídica que de la que es propia del *ius nubendi* se desprende en favor de la verdadera voluntad matrimonial.

En el caso actual, de matrimonio entre dominicano y dominicana celebrado en República Dominicana, del trámite de audiencia reservada practicada a los contrayentes, resultan determinados hechos objetivos de los que cabe deducir que, efectivamente, el matrimonio celebrado no ha perseguido los fines propios de esta institución. Las respuestas dadas por los interesados son contradictorias y el desconocimiento de datos básicos notorio, hasta el extremo de que la interesada desconocía los apellidos de él y, finalmente recordó uno de ellos, «S.», cuando el correcto era «d.», esto, a pesar de que dicen conocerse desde hace diez años. Ella ignoraba también respecto de él, su fecha de nacimiento, el nombre de sus hijos, el de sus padres, el número de hermanos y sus nombres, no tenía seguridad sobre el lugar de su nacimiento. Por su parte, él desconocía de ella, el lugar y la fecha de nacimiento, dónde residía, su salario y

confundió el nombre de la madre. Aparte de esto, no aportan ninguna prueba de la existencia de la relación mantenida. De todo ello cabe deducir,

sin lugar a dudas, que se está utilizando por los interesados el matrimonio con fines impropios del mismo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No se puede inscribir un mandamiento de embargo sobre una finca inscrita a favor de un francés y para su régimen económico, al haberse seguido el procedimiento únicamente contra el esposo, no bastando la mera notificación a la esposa.

RESOLUCIÓN DE 10 DE JULIO DE 2006

Una finca aparece inscrita a favor de unos cónyuges de nacionalidad francesa. La finca aparece inscrita a favor de los cónyuges «para su comunidad de bienes, con sujeción a la legislación de su país». No se especifica en la inscripción cuota alguna de los dos partícipes.

Se presenta en el Registro mandamiento expedido por el Recaudador Municipal ordenando el embargo de la mitad indivisa perteneciente al marido de la finca anteriormente expresada. El Registrador deniega la anotación por entender que debe entablarse el procedimiento no sólo contra el marido, sino también contra la esposa, no siendo suficiente la mera notificación, único trámite realizado con la misma.

El Ayuntamiento recurre alegando que hay que entender que la finca está inscrita proindiviso por partes iguales entre los cónyuges, por lo que debe anotarse el embargo.

Por fundadas que sean las afirmaciones de imprecisión de la inscripción, es lo cierto que es

indiferente dilucidar si está inscrita en copropiedad por mitades indivisas o en comunidad germánica, ya que, aunque estuviera inscrita por mitades indivisas, cada una de las mismas estaría inscrita en dicho régimen de comunidad, que es el régimen matrimonial que figura en la inscripción. En consecuencia, habrán de aplicarse las normas que la legislación francesa establezca para los bienes comunes del matrimonio (cfr. artículo 9, 2 y 3 del Código Civil). En el caso de que no se acrediten las normas aplicables del derecho francés, como ocurre en el caso presente, puede solucionarse el problema dirigiendo la demanda contra ambos cónyuges, único supuesto en el que, si la anotación concluyera con la venta forzosa de la finca, el funcionario correspondiente podría actuar en representación de ambos titulares en caso de rebeldía. En este supuesto, además, la entidad embargante se verá beneficiada, pues se podrá extender el embargo a la totalidad de la finca.

SUCESIONES

No es anotable el embargo practicado sobre un bien de la única heredera del causante al haberse seguido el procedimiento exclusivamente contra la herencia yacente.

RESOLUCIÓN DE 5 DE JULIO DE 2006

La cuestión que se plantea en este recurso consiste en decidir si, obtenida sentencia donde se condena a la herencia yacente de una persona fallecida (declarada en rebeldía procesal) al pago de una determinada cantidad, es anotable el embargo ordenado por el Juez en trámite de ejecución de

sentencia, sobre un bien de la única heredera del causante, o por el contrario como entiende el Registrador, no es posible acceder a la anotación por no figurar la titular registral entre las personas contra las que se ha dirigido el procedimiento con carácter personal y directo.

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» y en especial la de 27 de octubre de 2003), 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.

El artículo 540.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la ejecución podrá despacharse frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado. Más en el caso objeto de recurso el condenado ejecutado no es el causante, sino la herencia yacente y los herederos desconocidos e inciertos contra los que se dirigió la demanda.

La cuestión a dilucidar, por consiguiente, es si la demanda interpuesta contra la herencia yacente y los herederos desconocidos e inciertos, equivale al emplazamiento de la masa hereditaria aún no aceptada del titular registral fallecido. No cabe entender, sin embargo, en este caso 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, 7912.2.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 en materia a la que alcanza la potestad de calificación registral, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

SUCESIONES

Es procedente la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencia en la que se declaran herederos en partes iguales a los dos hijos sin perjuicio de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, aun cuando este último falleciera antes de procederse a la inscripción, siendo admisible declarar heredero a una persona fallecida, a efectos de que opere el derecho de transmisión.

RESOLUCIÓN DE 17 DE JULIO DE 2006

En el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencia junto con la correspondiente acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato de los dos causantes cónyuges; en el acta se dice que «son herederos abintestato de ambos causantes por partes iguales sus dos hijos, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que asigna el artículo 834 del Código Civil al cónyuge viudo don ... en la herencia de su esposa». A la fecha de la declaración de herederos, ambos cónyuges habían fallecido, primero la esposa y después el esposo. El registrador deniega la inscripción porque se atribuye la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo a persona fallecida y en base al artículo 32 del Código Civil que determina que «la personalidad se extingue por la muerte de las personas». Instada calificación sustitutoria, el registrador sustituto confirma la calificación. El notario recurre y alega que ha habido extralimitación en la calificación del acta y que además la declaración de heredero del cónyuge sobreviviente es correcta pues el mismo estaba vivo en el momento de la declaración hereditaria y además es posible declarar heredero a un fallecido a efectos de que opere el derecho de transmisión.

El recurso debe prosperar puesto que la declaración de herederos se ajusta a derecho ya que es posible declarar heredero a una persona fallecida en cuanto determinación de un llamamiento sucesorio referido a un momento determinado. Conforme a

los artículos 657 y 661 del Código Civil los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, sucediendo los herederos al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. Si bien la personalidad se extingue por la muerte (artículo 32 del Código Civil) perviven derechos referidos al fallecido que en el caso de un llamamiento sucesorio pueden concretarse después del fallecimiento. La determinación de la situación de heredero del fallecido en un momento temporal anterior a su fallecimiento, será presupuesto para que opere el *ius transmissionis* a que se refiere el artículo 1006 del Código Civil o como en el presente supuesto para consolidación del usufructo con la nuda propiedad.

La declaración de herederos implica pues una declaración referida a un momento temporal determinado que es el momento de fallecimiento del causante (artículos 657 y 661 del Código Civil) que no impide el reconocimiento como heredero de un fallecido sin perjuicio de que el derecho a aceptar la herencia tenga que ser ejercitado por los herederos de éste (artículo 1006 del Código Civil) o que el patrimonio a que fue llamado, tratándose de derechos que se extinguen con la muerte como el usufructo se haya incorporado a la nuda propiedad en un momento temporal posterior (artículo 513.1 del Código Civil).

Revista de Derecho de

familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Modificación de medidas: problemática en relación con la competencia

1. Jurisdicción o competencia internacional

Por lo que respecta a la jurisdicción o competencia internacional la cuestión que debemos resolver es aquella que se presenta cuando un tribunal extranjero ha adoptado unas medidas para regular la separación, el divorcio o la nulidad o medidas de responsabilidad parental y posteriormente los cónyuges o progenitores cambian su residencia o domicilio a nuestro país o, en el caso contrario, cuando habiéndose dictado por los tribunales españoles una sentencia matrimonial o de medidas paterno-filiales, posteriormente los cónyuges o progenitores trasladan su residencia al extranjero ¿Qué juzgados o tribunales tendrán competencia para conocer de la demanda de modificación de medidas?

La primera norma que debemos analizar para dar una adecuada respuesta jurídica a esta pregunta es el Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, 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, y lo cierto es que no encontramos ningún artículo que directamente haga referencia al procedimiento de modificación de medidas, si bien, exclusivamente respecto a las medidas relativas a la guarda y custodia y régimen de visitas (a las que expresamente hace referencia el apartado b) del artículo 1 del

Reglamento «a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental») se indica en el artículo 8 que «1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional», si bien, como expresa el segundo párrafo de dicho precepto «El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12», es decir: «Artículo 9. Mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor: 1. Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. 2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la

nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia» (artículo 9 del Reglamento). El artículo 10 se refiere a la sustracción de menores, supuesto que no es objeto de estudio, y el artículo 12 a la prórroga de jurisdicción cuando se tramita un procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial. Por consiguiente, podemos admitir que en los procedimientos que persigan la modificación de la custodia o del régimen de visitas, la competencia internacional vendrá determinada por los fueros que indica el Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea.

Ahora bien, ¿qué juzgados y tribunales tendrán competencia para el conocimiento del resto de procedimientos de modificación de medidas? En el artículo 5 del citado Reglamento se indica que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé». Pero la verdad es que este precepto se refiere a un supuesto distinto del procedimiento de modificación de medidas con lo cual poco o nada nos soluciona.

La solución pasa por entender que los mismos fueros competenciales que se establecen para los procedimientos matrimoniales, son de aplicación al procedimiento de modificación de medidas o por el contrario, habrá que estar a lo establecido en el artículo 7 del Reglamento: «Competencia residual. 1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado». Por nuestra parte entendemos que, no siendo de aplicación la analogía a las cuestiones procesales, serán de aplica-

ción las normas que sobre competencia internacional se incluyen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente a lo establecido en el artículo 22.3: «en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España». Por tanto, si el supuesto de hecho está comprendido dentro de esta norma, no existirá ningún obstáculo para que los juzgados y tribunales españoles puedan conocer de la demanda de modificación.

Nos consta que existen resoluciones de Audiencias Provinciales que, para atribuir la competencia internacional a los juzgados y tribunales españoles o para declinarla, con independencia de la residencia de los cónyuges o progenitores, acuden al fundamento de que el procedimiento de modificación de medidas es un incidente del anterior procedimiento, pero esta tesis está ya más que superada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y además, es una norma de competencia funcional que, como es lógico, sólo opera cuando se trata de decidir qué juzgados y tribunales, dentro de nuestro país, son los competentes para conocer de la demanda de modificación de medidas (así lo indicó expresamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 13 de marzo de 2000). Así por ejemplo, el auto dictado por le AP de Madrid, Sec. 24.^a, de 30 de noviembre de 2005, confirmó la resolución del juzgado que

inadmitió una demanda de modificación de medidas acordadas en una sentencia dictada por un juzgado de Ecuador, por entender que el juzgado que dictó las medidas es el único competente para modificarlas.

En otras ocasiones hemos detectado que para declarar la competencia internacional de los juzgados y tribunales españoles en procedimientos de modificación de medidas, se ha acudido a la tesis de que la modificación de medidas es un incidente de ejecución de la sentencia que acordó las medidas, y por tanto, si se ha otorgado el oportuno *exequatur*, no existe ya ningún obstáculo para que los tribunales españoles conozcan de los procedimientos de modificación. Así por ejemplo, la Sentencia de la Sec. 6.^a de la AP de Málaga indicó que «Lo único cierto es que la sentencia de divorcio dictada por tribunal extranjero fue homologada por los Tribunales Españoles obteniendo éstos desde entonces la competencia para conocer de la ejecución en España de la misma, competencia que sin duda se extiende para conocer del procedimiento tendente a la modificación de una de las concretas medidas contenidas en dicha resolución extranjera homologada que desde entonces habrá que considerarla como si se hubiera dictado en España». La fundamentación es inteligente, sin embargo choca con el inconveniente de que el procedimiento de modificación de medidas, tal y como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, no es un incidente de ejecución sino un procedimiento autónomo e independiente del anterior en el que se adoptaron las medidas.

2. Competencia objetiva

La competencia objetiva para el conocimiento de las demandas de modificación de medidas la tienen los Juzgados de 1.^a Instancia, si bien en aquellas ciudades en que se hayan creado los juzgados especializados de familia, serán éstos, en virtud del Real Decreto del Ministerio de Justicia de 3 de julio

de 1981, número 1322/1981, los que conozcan de forma exclusiva, por vía de reparto de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del Código Civil.

3. Competencia funcional

La competencia funcional ha sido siempre una controversia típica en materia de modificación de medidas puesto que se ha discutido si el procedimiento de modificación es autónomo e independiente o por el contrario es un incidente del anterior procedimiento, llegando incluso a decir alguna resolución judicial que se trataba simplemente de una ejecución de sentencia.

Los partidarios de esta última tesis, entienden que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 61 de la LEC: «Competencia funcional por conexión.—Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare», y por tanto, sostienen que el Juzgado competente para tramitar el procedimiento de modificación es aquel que, bien en la sentencia de separación o en su caso de divorcio, acordó las medidas que ahora se pretenden modificar.

Ciertamente, no ha sido muy afortunada la redacción del artículo 775 de la LEC y su referencia a «podrán solicitar del tribunal la modificación», parece invita a deducir que la pretensión de modificación debe presentarse ante el Tribunal que acordó las medidas. No obstante, hay que tener muy presente que durante el debate parlamentario, no fue aprobada una enmienda del Partido Socialista, para que la competencia la tuviese el Juzgado que dictó las medidas que se pretenden modificar, quedando, por tanto, la redacción inalterable, por lo que puede presumirse que la decisión del

legislador ha sido configurar este proceso como autónomo, y no como un incidente del anterior.

El Tribunal Supremo interpretó inicialmente, en su Auto de 10 de octubre de 2001, que la remisión que se hace en el artículo 775.2 (hoy felizmente modificado) al 771 lo es en cuanto al «trámite» o al «iter procesal», pero no en cuanto a la competencia, y que el término «tribunal» a que se refiere el artículo 775 va referido «al que las dictó, al que acordó tales medidas definitivas», lo que argumentó diciendo que esta venía siendo la praxis ordinaria en los Juzgados. Sin embargo, en posteriores autos (como los de 24 de octubre de 2002, 11 de febrero de 2003 y 22 de octubre de 2004) se cambió este criterio, afirmando que «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», y que «una interpretación sistemática de los artículos 769.1, 711.1 y 775.2 LEC determinan la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia donde tienen su domicilio las partes en el procedimiento a seguir para modificación de las medidas adoptadas en sentencia firme de divorcio, al margen de cual haya sido el Juzgado que haya conocido previamente de este procedimiento».

En resumen, que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo habrá que afirmar que el procedimiento de modificación de medidas es autónomo y no tiene necesariamente que ser tramitado por el juzgado que acordó las medidas que se pretenden modificar. No obstante, y como no nos cansaremos de afirmar, todo es posible en derecho de familia, y en la actualidad aún son muchas resoluciones judiciales que se apartan del criterio de nuestro más Alto Tribunal y siguen manteniendo que el juzgado que acordó las medidas es el único competente para conocer del procedimiento de modificación.

4. Competencia territorial

Estando incluido el procedimiento de modificación de medidas dentro de los que se enumeran en el artículo 748 de la LEC, la competencia viene determinada por lo establecido en el artículo 769 de la LEC. Por consiguiente, en los procedimientos contenciosos de modificación de medidas adoptadas en sentencias de separación, divorcio y nulidad matrimonial, será competente el juzgado del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante o de los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco pudiere determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor.

Si el procedimiento de modificación se tramita de mutuo acuerdo, será competente el Juez del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes.

Y si la modificación es de una sentencia que fijaba medidas paterno-filiales, será competente el Juzgado de 1.ª Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

5. Competencia por atracción o antecedentes

Es frecuente encontrar normas de reparto en decanatos de determinadas ciudades conforme a las cuales se atribuye competencia para conocer del procedimiento de modificación a aquel juzgado que con anterioridad dictó

la sentencia fijando las medidas que ahora se pretenden modificar o extinguir. Aunque dichas normas carecen de rango normativo resultan de aplicación expresa en el momento en el que se procede al reparto de los asuntos, si bien, y como es evidente las mismas sólo pueden tener vigencia en los supuestos en que el reparto se hace entre juzgados de un mismo partido judicial sin que tengan validez alguna cuando el problema competencial surge con juzgados de otro partido judicial distinto. Así pues, nunca podrá fundarse una declinatoria en que la competencia viene atribuida a un determinado juzgado por las normas de reparto. Por ello, cuando exista una cuestión de competencia entre dos juzgados de distintos partidos judiciales deben aplicarse las normas establecidas en el artículo 769 de la LEC.

6. Control de oficio de la competencia

En los artículos 769.1, 769.3, 771.1 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se establecen diversos fueros territoriales no idénticos para diferentes procedimientos en materia de «procesos matrimoniales y de menores», todos ellos de carácter imperativo (aunque en algún caso ofreciendo alternativas al demandante), conforme a lo dispuesto en el artículo 769.4.º del mismo cuerpo legal y por tanto, antes de admitir a trámite la demanda de modificación de medidas los juzgados y tribunales deberán apreciar de oficio su propia competencia, tanto internacional, como objetiva o territorial.

Por lo que respecta a la competencia internacional señala el artículo 17 del Reglamento núm. 2.201/2003 del Consejo de la Unión Europea que «El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente». En la legislación interna española, en el artículo

36.2 de la LEC confirma dicha norma comunitaria al señalar que los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: «2.ª Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado». En el artículo 38 de la LEC, bajo la rúbrica «Apreciación de oficio de la falta de competencia internacional y de jurisdicción», se indica que la abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional. Cabe también que esa falta de competencia internacional se advierta por la parte demandada, señalando en estos casos el artículo 39 de la LEC que el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional.

En cuanto a la competencia objetiva, el artículo 48 de la LEC señala que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto. Cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda. En el artículo 49 de la LEC también se regula la apreciación de la falta de competencia objetiva a instancia de parte, que debe denunciarse mediante la interposición de la correspondiente declinatoria.

Por último, respecto a la competencia territorial, en el artículo 769.4 de la LEC se indica que el tribunal examinará de oficio su

competencia y que son nulos los acuerdos de las partes que se opongan a lo dispuesto en este artículo. Ya en sede de normas generales, el artículo 58 de la LEC regula la apreciación de oficio de la competencia territorial «Cuando la competencia territorial venga fijada por reglas imperativas, el tribunal examinará de oficio su competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda y, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, si entiende que carece de competencia territorial para conocer del asunto, lo declarará así mediante auto, remitiendo las actuaciones al tribunal que considere territorialmente competente. Si fuesen de aplicación fueros electivos, el tribunal estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento que se le dirigirá a tales efectos». Si el tribunal ha admitido a trámite la demanda de modificación de medidas, y el demandado entiende que carece de competencia territorial, éste deberá interponer la correspondiente declinatoria tal y como se previene en el artículo 63 de la LEC.

7. Incidencias en la competencia por la existencia de actos de Violencia contra la mujer

En relación con esta cuestión en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia celebrado en Madrid los días 23,24 y 25 de noviembre de 2005 sobre «Las reformas del Derecho de

Familia», se llegaron a las siguientes conclusiones:

«11.9.1. Aun cuando la sentencia haya sido dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ha de entenderse que el juzgado competente es el Juzgado de Familia o de 1.ª Instancia que corresponda si, cuando se presenta la demanda de modificación, ya se ha extinguido la responsabilidad penal, o se ha dictado auto de sobreseimiento o de archivo, o sentencia absolutoria. Se ha de tener en cuenta en todo caso el carácter autónomo del procedimiento de modificación de medidas. Por ello, la competencia ha de ser examinada *ex novo*, aunque hubiesen existido actuaciones en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si las responsabilidades penales hubieran quedado extinguidas o sobreseídas.

11.9.2. En el supuesto de que la sentencia de separación o divorcio se hubiese dictado por el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, será competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas el Juzgado de Violencia sobre la Mujer si, cuando se presenta la demanda o en el transcurso del procedimiento, siempre antes del acto del juicio, se produce un acto de violencia sobre la mujer del que hubiera conocido dicho Juzgado de Violencia y cuando aún no se hubiera dictado auto de archivo, sobreseimiento, sentencia absolutoria o no se hubiera extinguido la responsabilidad penal en el caso de sentencia condenatoria.»

Casos Prácticos

1 SOCIEDAD DE GANANCIALES

¿Puede atenderse a la petición de que se incluya en activo de la sociedad de gananciales un crédito por el importe de las obras de mejora que se han efectuado en una vivienda propiedad de los padres de la esposa y que constituía el domicilio familiar?

En principio, no parece que exista ningún obstáculo en la inclusión de dicho crédito, el problema será la cuantificación del mismo toda vez que afectando directamente a terceras personas que no intervienen en el procedimiento de liquidación (los padres de la esposa y titulares del inmueble) será imprescindible la participación de éstos.

Por consiguiente, y salvo que previamente se haya determinado su importe con intervención de los padres de la esposa, el crédito sería ilíquido y carecería de eficacia en las operaciones liquidatorias, sin perjuicio de que posteriormente, una vez hecho líquido el crédito, se procediese a una adición a la partición.

2 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Existe algún supuesto en el que, a pesar de haber tenido el matrimonio escasa

duración, sea procedente la fijación de una pensión compensatoria?

Si un cónyuge perdió la pensión de viudedad como consecuencia de haber contraído el matrimonio; dejó su trabajo para dedicarse a las tareas de la casa y luego no pudo incorporarse al mismo; si ha habido descendencia en el matrimonio que impide al progenitor custodio integrarse en el mercado de trabajo, será procedente la fijación de una pensión compensatoria aunque el matrimonio haya tenido una escasa duración.

3 SEPARACIÓN DE BIENES

Perteneciendo la vivienda familiar en pro indiviso al 50% entre ambos cónyuges, la mayor aportación de un comunero abonando en su integridad o en su mayor parte el préstamo hipotecario ¿supone la adquisición de mayor participación o sólo da derecho a reembolso?

Una vez que se han fijado las cuotas en la escritura de compra del inmueble, la circunstancia de que uno de los comuneros abone más cantidad de hipoteca que otro no modifica en absoluto las cuotas de propiedad, si bien, dará derecho a que en cualquier momento (no es necesario esperar a la división de cosa común) pueda reclamarse al otro el exceso en el pago.

4 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si constante la sociedad de gananciales, el esposo tuvo que abonar una pensión alimenticia para un hijo de su anterior relación de pareja, ¿tendrá esta circunstancia alguna consecuencia en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales?

Partiendo del dato de que los ingresos que percibe el esposo tienen carácter ganancial y que la obligación de pago de la pensión alimenticia tiene carácter privativo, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales deberá figurar un crédito en el activo frente al esposo por el importe actualizado de todas las cantidades que se abonaron en concepto de pensión alimenticia para el hijo no común.

Hay que tener en cuenta que en el artículo 1362 del Código Civil se indica que «Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.ª El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación».

5 ALIMENTOS

Si el progenitor no custodio incumple reiteradamente el régimen de visitas, en

especial, durante las estancias de verano ¿será causa para aumentar la pensión alimenticia que se fijó en el convenio regulador?

El hecho de que el padre incumpla sistemáticamente el régimen de visitas no constituye modificación sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para fijar la pensión, por lo que no concurren los presupuestos legales para incrementar su cuantía. En el Convenio no se hacía mención alguna a que el régimen de visitas se consideraba contribución al mantenimiento de los hijos, ni que tuviera incidencia para la fijación de la pensión, habiéndose regulado pues con absoluta independencia y sin supe-ditarla al régimen de visitas.

6 COMPENSATORIA

¿Puede solicitarse que la pensión compensatoria se abone desde la interposición de la demanda de separación o divorcio?

A diferencia de lo que ocurre con la pensión de alimentos, que se abonará desde la fecha de interposición de la demanda, el derecho a la pensión compensatoria nace en la fecha de la sentencia, que es constitutiva del derecho, y por tanto sólo procederá su abono desde esta fecha.

7 SEPARACIÓN DE BIENES

¿Será relevante, a los efectos de fijar una indemnización del artículo 1438 del Código Civil, que la esposa, en horario de mañana y tarde se haya dedicado a las tareas de oficina de la empresa propiedad del esposo?

El presupuesto determinante para fijar la indemnización del artículo 1438 del Código Civil es la dedicación a las tareas de la casa, y por consiguiente, ninguna relevancia tendrá para la fijación de este tipo de indemnización, que uno de los cónyuges haya prestado servicios en empresas propiedad del otro cónyuge.

8 GASTOS EXTRAORDINARIOS

¿Los gastos extraordinarios deben abonarse siempre al 50% entre ambos progenitores?

En absoluto. De hecho no hay ningún precepto del Código Civil donde se indique que el pago de los gastos extraordinarios debe abonarse al 50% entre ambos progenitores. El precepto aplicable es el artículo 145 del CC: «Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo».

9 ALIMENTOS

¿Puede el padre oponerse en un procedimiento de divorcio a la fijación de una pensión alimenticia de un hijo mayor de edad alegando que él está dispuesto a mantenerlo en su propia casa?

El criterio mayoritario en la jurisprudencia es que la opción del artículo 149 del CC no está prevista para los alimentos que han de ser fijados en los supuestos de crisis matrimonial.

10 CUESTIONES PROCESALES

¿Puede haber condena en costas a favor del cónyuge al que se le han concedido litis expensas?

La condena en costas no depende de si se han otorgado o no litis expensas sino de lo establecido en el artículo 394 de la LEC. Ahora bien, si se concedieron litis expensas, en el momento de ejecutarse la tasación de costas tendría que deducirse la cantidad que se entregó por tal concepto, ya que en caso contrario se produciría un doble pago por parte del condenado en costas y a la vez obligado a pagar litis expensas.

11 FILIACIÓN

Puede admitirse la prueba pericial biológica en un procedimiento de divorcio en el que el padre alega que el hijo no es suyo.

Hay que partir del hecho de que el objeto del procedimiento no es la determinación de la filiación, y por tanto, aunque dicha prueba sea solicitada por la parte demandada, aplicando lo establecido en el artículo 283 de la LEC debe ser inadmitida.

12 VIVIENDA FAMILIAR

Si se atribuyó a la esposa el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales ¿puede solicitarse el lanzamiento cuando ya han que-

dados determinadas las cuotas de participación de cada cónyuge en el inmueble? ¿Puede estimarse la causa de oposición esgrimida por la esposa en cuanto a que no procederá el lanzamiento hasta que no haya tenido lugar la materialización y adjudicación del inmueble a un cónyuge con indemnización al otro del valor de su cuota o al reparto del precio tras su venta?

La liquidación de la sociedad de gananciales finaliza con la adjudicación de lotes a cada uno de los cónyuges, y si dichos lotes comprenden partes indivisas de un inmueble, la liquidación de éstas formará parte de la división de la cosa común, pero no del procedimiento de liquidación de la sociedad. Por tanto, efectuadas las adjudicaciones en la liquidación quedará extinguido el uso de la vivienda familiar.

13 ALIMENTOS

Teniendo en cuenta la elevada cuantía que se ha fijado como pensión alimenticia de los hijos, el padre solicita que se adopten medidas de control del gasto, de tal forma que la madre tenga que justificar mensualmente los gastos que se han atendido con la pensión ¿Puede atenderse a dicha petición?

Salvo que conste con anterioridad una desviación de la pensión alimenticia en beneficio exclusivo del progenitor custodio, no procede establecer ninguna medida de control y fiscalización de cómo y cuándo se gasta la pensión alimenticia de los hijos. La mera alegación y solicitud de tal fiscalización, sin razón o causa grave que la fundamente, debe ser desestimada.

14 GUARDA Y CUSTODIA

¿Hasta qué punto es determinante la decisión de los hijos que están próximos a cumplir la mayoría de edad en el momento de decidir su custodia?

Teniendo en cuenta que cuando los hijos alcancen la mayoría de edad podrán decidir libremente con qué progenitor desean convivir, cuando están próximos a los 18 años, los tribunales suelen considerar prioritaria la preferencia que éstos hayan mostrado en el momento de practicarse la exploración judicial, salvo que se aprecien razones muy poderosas para adoptar una decisión contraria a aquella preferencia, razones que no pueden ser otras que la existencia de una importante situación de riesgo y peligro para los intereses del menor.

15 ALIMENTOS

¿Los gastos de obtención del permiso de conducir están incluidos dentro del concepto de alimentos?

Por mucho que actualmente sea normal que los hijos tengan cuanto antes el carné de conducir, no puede obligarse a un padre a abonar su importe, ni como alimentos ordinarios ni como extraordinarios, salvo que, en este último caso, la obtención de dicho documento sea un requisito imprescindible para acceder a un puesto de trabajo.

16 COMPENSATORIA

¿Puede solicitarse la pensión compensatoria en el escrito de contestación a la

reconvención planteada por el demandado?

En nuestro sistema jurídico está prohibida la *reconventio reconventionis* y por tanto, si la parte actora no solicitó en su demanda la fijación de una pensión compensatoria ya no tendrá momento procesal oportuno para solicitarla.

17 UNIONES DE HECHO

¿Es suficiente para considerar que entre los convivientes existe un ánimo de hacer común ingresos y gastos que uno de ellos autorizase al otro a disponer, sin limitación alguna, de los saldos existentes en la cuenta bancaria privativa de aquél?

Con esa sola circunstancia, no se considera por la jurisprudencia que exista entre los convivientes una comunidad de pérdidas y ganancias que justifique, al final de la convivencia un reparto del patrimonio al 50%. Para ello se requiere, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, ante la ausencia de pacto expreso, la evidencia, por medio de *facta concludentia*, de la voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común.

18 SOCIEDAD DE GANANCIALES

¿Qué plazo existe para impugnar la liquidación de la sociedad de gananciales por rescisión en más de una cuarta parte? ¿Queda interrumpido el plazo si se solicitan diligencias preliminares en averiguación de cierta información en poder del otro cónyuge?

Conforme a lo establecido en el artículo 1299 del Código Civil el plazo es de

cuatro años que comenzarán a contarse desde la fecha en que se liquidó la sociedad de gananciales. Se trata de un plazo de caducidad que, en consecuencia, no admite ningún tipo de interrupción.

10 CUESTIONES PROCESALES

A efectos de interponer un recurso de apelación ¿cuándo puede considerarse que es incongruente la sentencia en relación con la fijación de una pensión compensatoria?

Veamos a continuación las distintas situaciones que pueden presentarse en relación con la petición de pensión compensatoria y el contenido de la sentencia.

– Si ninguna de las partes ha solicitado pensión compensatoria y la sentencia la establece a favor de uno de los cónyuges estamos ante una incongruencia *extra petita* ya que, por un lado, el juzgador no puede pronunciarse sobre cuestión no alegada ni discutida sin quebrantar el principio de contradicción procesal, y si lo hace altera los términos del debate y resuelve problemas no planteados en la litis, con grave infracción del artículo 359 de la LEC y, por otro lado, el juzgador no puede convertirse en defensor de una de las partes, por mucho que considere que ésta resulta perjudicada económicamente con la separación o el divorcio.

– Incurrir en incongruencia la sentencia que fija una pensión compensatoria de mayor cuantía que la solicitada por la parte.

– Es incongruente la sentencia que fija una limitación temporal mayor que la solicitada por la parte.

– No se considera incongruente la sentencia que fija una pensión compensatoria a percibir durante un determinado número de años mientras que la parte solicitó una pensión sin limitación temporal.

– No se considera incongruente la sentencia que fija un límite temporal a la pensión compensatoria distinto del que interesó la parte.

cluido en el convenio regulador y otra cosa muy distinta son los pactos del convenio regulador que son exclusivamente los que se contienen en el mismo. Esta circunstancia motivará que, cuando surjan los gastos extraordinarios, tenga que acudir a un procedimiento declarativo para obtener una sentencia que permita la reclamación al progenitor que no ha abonado la parte correspondiente.

20 UNIONES DE HECHO

Para que pueda concederse una indemnización por enriquecimiento injusto en una pareja de hecho ¿es presupuesto necesario que el patrimonio de uno de los convivientes haya aumentado?

Ésa es una de las posibilidades, pero también se admite por el Tribunal Supremo la existencia de enriquecimiento injusto cuando el patrimonio del conviviente no ha experimentado ningún tipo de aumento pero al mismo tiempo no ha disminuido (*damnum cessans*) y el otro conviviente ha estado atendiendo las tareas domésticas en exclusiva.

21 GASTOS EXTRAORDINARIOS

Cuando en el convenio regulador no se hace mención expresa a los gastos extraordinarios ¿se entienden incluidos?

No. Una cosa es que ambos progenitores estén obligados al pago de los gastos extraordinarios con independencia de que dicha obligación se haya o no in-

22 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Teniendo en cuenta que parte de los bienes gananciales consistían en maquinaria agrícola que ha sido utilizada exclusivamente por el esposo desde antes de la separación judicial, la esposa pretende en la liquidación de la sociedad que la valoración de dichos bienes se efectúe a la fecha de la disolución de la sociedad y no al momento en el que se van a liquidar puesto que el valor de los mismos ha disminuido considerablemente. Alternativamente solicita que figure en el activo un crédito de la sociedad frente al esposo por el valor de depreciación de los bienes, dado que han sido utilizados exclusivamente en su beneficio. ¿Pueden ser atendidas estas peticiones?

Entendemos que no puesto que es constante y reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que la valoración de los bienes debe efectuarse en el momento de la liquidación. La razón de ello está en que los incrementos o disminuciones de valor que los bienes hayan podido experimentar durante el período que va desde la disolución a la liquidación son de riesgo y ventaja de ambos cónyuges.

Revista de Derecho de

familia

DERECHO CANÓNICO

Admisión de pruebas no tipificadas en el Código de Derecho Canónico

Medios de reproducción de la palabra y de la imagen, e instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso

M.^a DOLORES AZAUSTRE GARRIDO

Letrada Rotal. Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

Antes de adentrarnos en la respuesta a los interrogantes planteados, me gustaría resaltar dos notas de vital importancia que siempre hemos de tener presentes pues van a estar latiendo y van a dar explicación a todo cuanto vamos a decir sobre la admisión de esos novedosos medios de prueba. Así, por un lado, en el Derecho Canónico (al igual que en todo ordenamiento), el derecho a probar o *ius probandi* es principal garantía para el respeto a la libertad y a los derechos del justiciable¹. Y por otro, conviene tener presente que, adoptando la definición atribuida a MASCARDO, decíamos que «prueba es la demostración de una cosa dudosa o controvertida ofrecida al juez por medio de razones o argumentos legítimos». Es decir que, la actividad probatoria es pues la referida a afirmaciones de hecho que resultan controvertidas, que estará sujeta a unas reglas, ha de estar incorporada en el proceso para que constituya medio de prueba y va dirigida a obtener certeza, siendo la actividad del Juez verificadora de tales afirmaciones de hecho.

Sentadas tales premisas, y analizando ya la cuestión que nos ocupa, podemos afirmar que en el vigente Código de Derecho Canónico no existe un elenco cerrado o *numerus clausus* de los medios de prueba, sino un criterio abierto o demostrativo que es el que siempre ha caracterizado la tradición canónica al enumerar los medios de prueba. Pero es más, a diferencia de lo que ocurre en el Ordenamiento Civil en el que se enumeran los medios de prueba (artículo 299), en el vigente Código de Derecho Canónico, no existe una enumeración o catálogo de los medios de prueba, sino que lo que contiene es una regulación sobre la valoración de determinados medios de prueba que son admitidos en el proceso canónico.

Este criterio abierto sobre los medios de prueba es plenamente corroborado por el canon 1527 del Código de Derecho Canónico al establecer que: «Pueden aportarse cualesquiera pruebas que se consideren útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas».

En nuestros días son innegables los múltiples adelantos científicos que pueden constituir importantísimas novedades en materia probatoria, de ahí que en la actual normativa

1. En este sentido, hemos venido afirmando a lo largo del curso que la prueba no es del Juez, sino de quien acude a reclamar el reconocimiento de su derecho, de ahí que el derecho a la prueba sea un derecho fundamental para el justiciable.

civil exista ya una regulación específica en el artículo 299.2², según la cual, como señala José Martín Ostos «la relación es tan amplia que, en realidad, permite la aportación de cualquier instrumento técnico existente hoy día o que se invente en el futuro». Estos novedosos medios de prueba son:

– Medios de reproducción de la palabra, el sonido (¿?) y la imagen captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes (artículos 299.2.º y 382 LEC): entre ellos se pueden incluir cualquier tipo de soporte de imagen y sonido (películas, videgrabaciones, cintas de audio, dvd, ...).

– Instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso (artículo 299.2.º y 384 LEC): en este apartado se incluyen los disquetes flexibles y discos duros de ordenador, cd-roms, correo electrónico, ficheros informatizados y cualquier otro medio técnico de estas características o similar que exista o pueda existir³.

En cuanto a la justificación doctrinal de estos medios de prueba, hay quien considera que se les ha de otorgar una consideración análoga al documento, y en este sentido, SÁEZ GONZÁLEZ señala que «nos hallamos en presencia, al fin y al cabo, de documentos: documentos no objetivados en la forma tradicional sobre el papel, sino sobre soportes químicos, magnéticos, etc. Por ello, conviene no olvidar algunas de las lecciones que ya hemos aprendido en relación con la prueba documental: estos documentos también tendrán que presentarse de forma completa, y no podrán admitirse secciones desglosadas del conjunto; puede que sea necesaria su traducción de idioma informático; tendrán que observarse ciertas garantías en cuanto a la autoría del documento, etc. Por otro lado, hay quienes entienden que son distintos del documento en sentido estricto y que por tanto han de ser objeto de reconocimiento judicial⁴. Personalmente, me inclino por la primera opción, en primer lugar, por venir expresamente argumentado en el epígrafe XI de la Exposición de Motivos de la LEC, y en segundo, porque encuadran perfectamente dentro de la configuración de documento privado, que tanto en el actual Código de Derecho Canónico (los que no son públicos, canon 1540.3.º), como en el Ordenamiento Civil (artículo 324 LEC) se definen por exclusión⁵.

Pues bien, ante el horizonte normativo canónico que expusimos con anterioridad, ¿es posible que en el Derecho Canónico se admitan como medio de prueba medios de reproducción de la palabra y de la imagen, así como instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso? El Ordenamiento Canónico nada dice sobre

2. «Hay que destacar lo razonable de la innovación, reclamada desde la doctrina y el foro a la que no se podía continuar dando la espalda, o recurriendo a subterfugios (pericial, reconocimiento judicial...) para su incorporación procesal; se trataba de una necesidad ampliamente sentida» (MARTÍN OSTOS, J. *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, editorial Lex Nova, 2.ª edición).

3. El civilista Sáez González entiende que los soportes magnéticos informáticos han de incluirse dentro de los medios previstos en el artículo 382 LEC, y que en el artículo 384 LEC no se hace referencia al soporte de imagen y sonido como tal, sino a los instrumentos que hacen posible su proyección, visionado o audición, por lo que éste último artículo lo que en puridad está regulando es un medio pericial, cuyo objeto es la exactitud de reproducción de los medios.

4. Se me ocurre que, quienes se inclinan por esta segunda opción, podrían argumentar que si el legislador quisiera haberlos configurado como documentos en sentido estricto no hubiera redactado un párrafo independiente para regular estos medios de prueba, sino que podía haberlos incluido dentro del epígrafe 3.º del apartado 1 del artículo 299 LEC.

5. «En sentido muy general, puede entenderse como documento privado todo aquel que proviene de una persona privada o particular (que no tiene función pública) o incluso el que proviene de una persona pública pero que no actúa en el ejercicio de la función pública que ostenta, por ejemplo una carta de un notario a un amigo» (PANIZO ORALLO, S. *Temas procesales y nulidad matrimonial*, editorial Trivium).

ellos, por lo que ante esta laguna legal, no existe impedimento alguno para que se pueda hacer una remisión al proceso civil. Por tanto, la respuesta es sí, ahora bien, siempre que respete el doble límite establecido en el canon 1527, es decir, que sean útiles para la causa y lícitos.

Podemos afirmar pues que, la condición de admisibilidad en el Ordenamiento Canónico de los medios de prueba del artículo 299.2.º de la LEC es que sean lícitos y útiles, y siempre habrán de adaptarse a las exigencias de los esenciales principios de publicidad y contradicción en el proceso.

Veámos que la licitud constituía un requisito intrínseco del principio de formalidad de la prueba, que en modo alguno podía ser considerado como una limitación, sino como garantía de Derechos Fundamentales. La utilización pues de los medios de prueba del artículo 299.2.º de la LEC ha de ser lícita, esto es, no viciada y moral. Esa licitud va referida a los valores humanos y eclesiales, que han de ser respetados, no siendo admisibles pues las pruebas de dudosa moralidad que puedan lesionar la dignidad de la persona.

Llegados a este punto, es preciso distinguir entre la licitud de la prueba y la licitud del modo de obtención de la fuente de la prueba, y así la licitud de la prueba ha de ir referida a cómo la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir en el proceso por un medio de prueba, de tal manera que la prueba puede tanto ser ilícita en sí misma, como por el modo de obtenerla. (Esta confusión terminológica entre medio y fuente de prueba ha sido también puesta de manifiesto por algunos autores, como MARTÍN OSTOS, que critica que el legislador en el artículo 299 LEC ha mezclado indistintamente unos y otros).

Pues bien, en el Derecho Canónico esa ilicitud de prueba no vendrá sólo determinada porque esté o no prohibida por la ley (artículo 283.3.º LEC), sino que en atención a las propias peculiaridades del proceso canónico, han de ser tutelados otros valores morales que son esenciales para la Iglesia, y la doctrina canónica viene atendiendo primordialmente a la dignidad de la persona para establecer la ilicitud de la prueba obtenida violando sus derechos esenciales, de manera que no puede ser jamás transgredida.

Es pues esencial, para la admisión de los medios de prueba previstos en el artículo 299.3.º de la LEC, respetar este primer requisito de la licitud, pues son cada vez más los supuestos en los que la práctica jurisprudencial pone de manifiesto la aportación de pruebas por alguna de las partes en el proceso, vulnerando Derechos Fundamentales, tales como la intimidad o la dignidad de la persona, y que pueden llegar a tener serias repercusiones de ámbito penal. A título de ejemplo, podemos citar algunas resoluciones recientes: STS de 23 de octubre de 2000 en la que se condena a la esposa separada por un delito de revelación de secretos al apoderarse de una carta que iba dirigida a su esposo, del que se hallaba separada, utilizando la información de la misma en el procedimiento civil de reclamación de alimentos; STS de 14 de mayo de 2001, en la que se condena como autor responsable de un delito de descubrimiento de secretos al marido que, con el objeto de comprobar si su esposa le era infiel, instaló un mecanismo de grabación de conversaciones telefónicas en el aparato del domicilio conyugal; SAP de Madrid, de 11 de enero de 2002, considera delito de revelación de secretos cometido por el esposo al grabar conversaciones telefónicas de su esposa y aportarlas como prueba de infidelidad en el procedimiento de separación matrimonial. Ante este tipo de supuestos, con la remisión que venimos aplicando a la regulación civil, entiendo que lo procedente sería la aplicación de lo establecido en el artículo 287 de la LEC: «Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes».

Otro de los problemas que puede generar la utilización de las pruebas previstas en el artículo 299 de la LEC es el de la verificación de su autoría y autenticidad, que encuentra una amplia acogida a través de la inverosimilitud de manipulaciones que se pueden realizar actualmente con los más avanzados soportes informáticos y técnicos. Pues bien, dada la consideración de prueba documental de estos medios de prueba sobre la que anteriormente me he decantado, entiendo que contra esa inclusión de pruebas que pueden tener dudosa autoría y autenticidad, la otra parte deberá combatirlos mediante la impugnación de documentos prevista en el artículo 326 de la LEC proponiendo «cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto», a lo que también faculta el artículo 382 de la LEC al permitir a las otras partes intervinientes en el proceso «aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido».

El segundo requisito de admisibilidad de la prueba es que sea útil para la causa, de manera que esa prueba ha de tener virtualidad en orden a proporcionar al Juez la verdad objetiva, la certeza moral sobre los hechos controvertidos por las partes, no admitiéndose por tanto, pruebas que sean superfluas o inútiles a tales fines, pues la prueba ha de tener como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

Voy a reparar un momento en la virtualidad que podría tener en un proceso de nulidad canónica la aportación, por ejemplo, del vídeo de la boda, y que estaría encuadrado como medio de prueba dentro del apartado 2.º del artículo 299 de la LEC (al que podemos acudir para suplir la laguna legal). En los procesos de nulidad, se suele incidir, dada su importancia, en cuál era la actitud de los novios el día de la boda (si estaban felices, si se les veía enamorados...), y normalmente la contestación a esas preguntas, creo, que suele estar «alterada» no voluntariamente, pero sí al menos, inconscientemente, por las posteriores experiencias maritales vividas y por el inexorable paso del tiempo. Por eso, entiendo que sería de gran utilidad que el Juez pudiera observar personalmente cómo se mostraron (no digo «se sentían») los cónyuges el día que contrajeron matrimonio, pues ya lo dice el aforismo «Una imagen vale más que mil palabras».

Ahora bien, esta gran utilidad que podría resultar tan clarificadora se encuentra con el obstáculo de la complejidad humana, que puede hacer que el hombre se convierta en el más brillante actor, ocultando sus verdaderas intenciones y sentimientos (a veces por su propia iniciativa, consciente o inconscientemente y en otras, arrastrado por miedo, coacciones, etc). Dicho con otras palabras mucho más eruditas que las mías, señala JULIÁN MARÍAS que: «Una dosis de inseguridad o de descontento hace que las caras no sean siempre reveladoras; mejor dicho, sí lo son, pero no de la verdadera realidad, sino de la que se forja o se finge»⁶.

Es importante reparar en que la admisión de los medios de prueba a los que venimos haciendo referencia (artículo 299.2.º LEC), además de respetar ese doble límite de utilidad y licitud (requisito intrínseco del principio de formalidad), ha de mantener incólumes los fundamentales principios que rigen en el proceso canónico, tales como el de formalidad y legitimidad (nunca como límites, sino precisamente como garantía del derecho de defensa), los de igualdad de oportunidades de la prueba (canon 208), publicidad y el principio de contradicción. Así, como señala SÁEZ GONZÁLEZ⁷, lo importante es que tanto el órgano ju-

6. MARÍAS, J. *Mapa del Mundo Personal*, Alianza Editorial, 2.ª reimpresión, 1994.

7. «La idea de que esos soportes han de ser examinados a través del medio que la parte aporte ha de entenderse en un sentido amplio: bien porque se admite que la propia parte aporte el medio *motu proprio*, bien porque la parte se verá con la carga de aportar ese medio, bien porque se entiende que el tribunal dará las instrucciones pertinentes a fin de que se provean los

dicial como la otra parte puedan conocer el contenido de esos documentos, pues de no ser así se produciría una clara situación de indefensión. Es por ello que habrá de tenerse una especial cautela para evitar que la aportación de este tipo de pruebas en el proceso canónico no implique para ninguno de los justiciables una merma de sus derechos o sus posibilidades de defensa, y para ello entiendo que serían de aplicación en el proceso canónico lo previsto en los artículos 382 a 384 de la LEC, en cuanto la práctica de esos medios de prueba y custodia de materiales, posibilidad de las otras partes de aportar medios de prueba cuando se cuestione la autenticidad de lo reproducido, así como lo previsto en el artículo 287 de la LEC para denunciar la ilicitud de una prueba en la que se ha producido vulneración de los Derechos Fundamentales de la persona que queda totalmente proscrita a tenor del canon 1527.

No quiero pasar inadvertida la importancia que tiene la custodia estos materiales probatorios, pues debemos tener presente que, de conformidad al principio de necesidad de la prueba que rige en el Ordenamiento Procesal Canónico, el Juez tendrá que decidir o sentenciar de conformidad a lo actuado y probado, y es necesario que lo alegado y probado conste en los autos de la causa (*quod no est in actis, non est mundo*), lo cual está en íntima relación con los principios de publicidad y contradicción y que constituyen una esencial garantía para la libertad y derechos del justiciable.

Veamos ahora cuáles son los criterios de valoración de los medios de prueba que venimos analizando. Por su parte, el Ordenamiento Civil establece en el artículo 382.3.º para los instrumentos de filmación, grabación y semejantes, que serán valorados por el Tribunal «según las reglas de la sana crítica», y en el artículo 384.2.º, para los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso, determina que serán valorados «conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza».

En el proceso canónico, el Juez también valorará estas pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, vinculado siempre a la búsqueda de la verdad objetiva, de tal manera que en base a lo actuado y probado en el proceso, ha de alcanzar certeza moral sobre el hecho controvertido que se intenta acreditar con ese medio probatorio.

Así pues, el Juez eclesiástico, tras analizar escrupulosamente las actas, deberá verter sentido crítico sobre esas pruebas practicadas, y junto con la confrontación del resto de las pruebas existentes en el proceso, realizada la actividad de verificación (no investigación) de los hechos controvertidos, obtener la certeza moral y dictar sentencia buscando siempre la obtención de la verdad objetiva inspirado, como señalaba el Papa Pablo VI en su «Alocución al Tribunal de la Rota Romana», de 11 de enero de 1965, en «la misma luz de Dios, Justicia primordial y absoluta, fuente purísima de toda justicia terrena... lejos incluso de la sola sospecha, de la sombra de cualquier injusticia...».

BIBLIOGRAFÍA

- Apuntes de clase y apuntes facilitados por Mons. ALONSO RODRÍGUEZ en los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2002 y enero, febrero y marzo de 2003 del Estudio Rotal 2002-2003.

medios correspondientes. De otro lado, todos esos detalles podrían haber sido reducidos a lo esencial que, como decimos, no es otra cosa que la posibilidad de llegar a conocer de forma clara el contenido de los documentos».

- *Código de Derecho Canónico* dirigido por A. BENLLOCH POVEDA, editorial EDICEF, 8.^a edición.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomos I y II, editorial Lex Nova, director A. M. LORCA NAVARRETE, Valladolid, 2000, 2.^a edición.
- *Temas procesales y nulidad matrimonial*, S. PANIZO ORALLO, editorial Trivium, SA, 1.^a edición, febrero de 1999.
- *Mapa del mundo personal*, J. MARÍAS, Alianza Editorial, 2.^a reimpresión, junio de 1994.

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

Disposición de la vivienda familiar por el cónyuge a quien se le atribuyó su uso y es titular del inmueble: ¿necesidad de autorización judicial o consentimiento del otro cónyuge?

ROBERTO LLORENTE PINTOS

Abogado. Miembro de la Asociación de Abogados de Familia

En un Registro de la Propiedad se recibe testimonio de sentencia de separación con aprobación de convenio regulador a los efectos registrales oportunos. En dicho Convenio Regulador se procede a liquidar el régimen económico matrimonial y en la misma se adjudica el pleno dominio del que ha sido la vivienda familiar a la esposa. Además en el Convenio Regulador, dentro de los efectos que la separación produce se establece una atribución del uso del domicilio familiar a los hijos y a la esposa por ser ésta en cuya compañía quedan. El Sr. Registrador procede a la inscripción del pleno dominio de la vivienda a favor de la esposa así como a la anotación de la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de los hijos y de la esposa por ser con ésta en cuya compañía quedan.

La problemática jurídica que se nos presenta es la siguiente: Si en el futuro, siempre que no haya una resolución judicial que modifique dicha atribución del uso, la esposa desea enajenar la vivienda o solicitar un préstamo con garantía hipotecaria de dicha vivienda ¿puede libremente realizar dichos actos de disposición sin necesidad de consentimiento del progenitor no custodio ni autorización judicial? En caso negativo, ¿bastaría el consentimiento del progenitor no custodio? o ¿en todo caso es necesario una resolución judicial, bien mediante una modificación de medidas por la que se deje sin efecto dicha atribución, o bien mediante autorización judicial para la disposición de dicho bien –teniendo presente la atribución que a los hijos se hace en la sentencia–?

Vamos a practicar el estudio del caso en dos escenarios distintos: en el ámbito del derecho catalán y del derecho común.

1. RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA DENTRO DEL ÁMBITO DEL DERECHO CATALÁN

En el artículo 9.4 del Código de Familia de Cataluña se indica: «4. En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, no se precisa el consentimiento del otro cónyuge ni la

autorización judicial para disponer libremente de lo que había sido vivienda familiar, salvo en caso de que el cónyuge no titular o los hijos tengan derecho al uso de la citada vivienda, a menos que la disposición se haga respetando este derecho.»

Por tanto, parece que el simple consentimiento del progenitor no custodio sería suficiente para la enajenación o carga del domicilio que fue conyugal. Aunque el precepto admite que se puedan realizar dichos actos dispositivos sin necesidad de dicho consentimiento en el supuesto en que se respete el derecho de atribución. (Entiendo que bien porque el derecho de atribución se mantenga aún con el tercer adquirente o incluso con la garantía hipotecaria, o bien porque la madre compre otro domicilio e inscriba una atribución del uso a favor de los hijos en dicha nueva vivienda)

La duda puede surgir sobre si el consentimiento debe ser expreso o si puede entenderse de aplicación lo establecido en el artículo 139.4 del Código de Familia Catalán: «Artículo 139. 4. Salvo que la autoridad judicial lo disponga de otro modo, el padre o la madre que ejerce la potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza, para variar el domicilio del hijo o hija menor de forma que lo aparte de su entorno habitual y para disponer su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias. Se entiende tácitamente conferido el consentimiento una vez transcurrido el plazo de treinta días desde la notificación que se realice con la finalidad de obtenerlo sin que el padre o la madre que no ejerce la potestad no plantee el desacuerdo, conforme a lo establecido en el artículo 138».

Es decir, el consentimiento del progenitor no custodio en el caso que nos ocupa ¿puede ser tácito?

En mi opinión, no, porque el artículo 9.4 tiene la consideración de norma especial, ya que, concreta y específicamente, regula los actos de disposición del domicilio familiar en los casos de separación, nulidad o divorcio habiendo atribución del uso de dicha vivienda a los menores; mientras que el artículo 139 regula otras cuestiones como la separación de hecho, así como el ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia; regulando, el apartado número 4, supuestos más amplios que el artículo 9.4 como puede ser en caso de vivienda de alquiler la necesidad del consentimiento del progenitor no custodio para un cambio de domicilio de los menores.

2. RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA DENTRO DEL ÁMBITO DEL DERECHO COMÚN

Las tres posibilidades son:

- a) Que la esposa pueda disponer libremente de la vivienda como titular del pleno dominio de la misma así como de la guarda y custodia de los menores, sin que sea necesario ni consentimiento del progenitor no custodio ni autorización judicial.
- b) Que el consentimiento del progenitor no custodio sea suficiente para el acto de disposición en cuyo caso cabe discutir si este consentimiento debe ser expreso y figurar en el título de compraventa o en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria.
- c) Que en todo caso sea necesaria la autorización judicial.

Personalmente descarto la primera posibilidad. Los argumentos que se pueden esgrimir para rechazar la misma son:

– Artículo 1320 del Código Civil. «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

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

– Artículo 90 del Código Civil. «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: ... Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.»

De una interpretación sistemática de estos artículos cabe concluir que para la disposición de la vivienda familiar es necesario el consentimiento de ambos progenitores o en su caso autorización judicial. Además, en el supuesto concreto, la atribución del uso del domicilio conyugal se ha realizado en Convenio Regulador autorizado judicialmente, luego las medidas de derecho dispositivo –entre las que se encuentra la atribución del uso del domicilio conyugal (artículos 90 y 91 del Código Civil)– deben acordarse necesariamente por el juez, y por lo tanto, en principio deben modificarse igualmente por el juez (artículos 775 o 777 LEC).

Aquí es donde surge el problema principal, y es, determinar si en el Derecho Común, atribuido el uso del domicilio conyugal por sentencia de separación, nulidad o divorcio, si es necesario para el cese de esa atribución una resolución judicial o bien si bastaría con el consentimiento del progenitor no custodio.

Entiendo que, en principio, el ordenamiento exige que la extinción del uso del domicilio habitual a favor de los hijos deba hacerse mediante una resolución judicial –bien mediante el trámite de modificación al que se remiten los artículos 90, penúltimo párrafo, o 91 *in fine* del Código Civil mediante el procedimiento de los artículos 775 o 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según haya o no voluntad de ambas partes para tal modificación o bien mediante el procedimiento de autorización judicial para la disposición de bienes y derechos de los menores:

Así el artículo 166.1 del Código Civil dice: «Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.»

En este sentido cabe plantearse la naturaleza de la atribución del uso del domicilio familiar, si éste es un derecho real o si por el contrario es un derecho de ocupación provisional y temporal inscribible en el Registro de la Propiedad y con efectos *erga omnes* y si esto es relevante para dar cumplida respuesta al caso que nos ocupa.

Sobre la naturaleza jurídica del derecho de atribución del uso del domicilio conyugal existen posturas contrapuestas aunque entiendo que el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 4 de abril de 1997 deja claro que no tiene trascendencia práctica la distinción de que sea derecho de ocupación o derecho real familiar, si bien determina que la titularidad del inmueble es compatible con la atribución del uso de la vivienda familiar, inscribible en el Registro y con efectos a terceros, ya que, en todo caso, lo que se pretende es garantizar el derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso, sin embargo esta Sentencia termina diciendo que se confirma la de primera instancia en la que atribuye **plena propiedad de la vivienda a la esposa**, por coincidir en ella la titularidad con atribución del uso. ¿Llega el alcance de esta sentencia a determinar realmente el pleno dominio, sin limitación alguna de disposición, de la vivienda a la esposa?:

STS de 4 de abril 1997 «La atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el artículo 96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala el artículo 91, no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (Sentencia de 11 diciembre 1992) sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; “derecho real familiar” dice la Sentencia de 18 de octubre de 1994; “no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real”, dice la de 29 de abril de 1994. En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: Sentencias de 22 de diciembre de 1992, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995 y, en último término a la familia: “la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...” dice la Sentencia de 31 de diciembre de 1994».

En definitiva, no se duda del derecho de ocupación, provisional y temporal, de la vivienda conyugal que fue atribuida a la esposa y al hijo, aplicando lo dispuesto en los artículos 91 y 96 del Código Civil por la sentencia de separación conyugal. Y la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, atribuye a la esposa, recurrente en casación, la plena propiedad de la misma. Coincide en ella, la titularidad de la propiedad, por adjudicación en liquidación de gananciales y aquella atribución del derecho de ocupación, por la separación conyugal.

Por tanto, el derecho de uso atribuido a los hijos es un derecho del que los hijos son titulares y por tanto es de aplicación el artículo 166.1 del Código Civil, con independencia de que dicho derecho tenga naturaleza de derecho real o simple derecho de ocupación temporal oponible a terceros.

La duda puede surgir porque esta solución –la necesidad absoluta de una resolución judicial bien modificativa de la sentencia de separación suprimiendo la atribución del uso o bien mediante el procedimiento de autorización judicial para la disposición de derechos o bienes de menores– parece que discriminaría a los padres separados judicialmente con aquellos que no lo están, puesto que en un escenario de no separación o de separación pero sin la atribución del uso de la vivienda a los menores bastaría el simple consentimiento de ambos progenitores para disponer de la vivienda familiar *ex* artículo 1320 Código Civil y por otro lado, que el Tribunal Supremo, STS de 4 de abril de 1997, confirme el pleno dominio de la esposa cuando coinciden titularidad y atribución del uso, puede dar argumentos a favor de la libre disposición que el pleno dominio atribuye a su titular.

Sin embargo, ambos supuestos no son idénticos ya que lo que determina la necesidad de una resolución judicial es el hecho de que por medio de una resolución judicial –la sentencia de separación o divorcio por la que se aprueba el Convenio Regulador– se está otorgando un derecho a los hijos –el de atribución del uso del domicilio conyugal– que en el otro supuesto –un matrimonio no separado judicialmente o en el que aún separados no se haya atribuido el uso del domicilio a los hijos– no tienen. Ése es el elemento diferenciador y por tanto determinante de la necesidad de una resolución judicial, el que los hijos tienen el derecho de uso de esa vivienda por haberlo así acordado la Sentencia de separación o divorcio y ese derecho, como tal, inscribible en el Registro de la Propiedad y con efectos *erga omnes*, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del artículo 166.1 del Código Civil.

El derecho a una retribución al tutor en el ejercicio de su cargo

JUAN JOSÉ REYES GALLUR

Abogado. Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

En el presente artículo trataré la problemática que suele plantearse respecto de la retribución al tutor en ejercicio de su cargo, y en particular si las Fundaciones tutelares que se han ido creando con ayudas públicas y privadas, pueden solicitar tal retribución.

En primer lugar, tal y como mantienen los profesores CASTAN y BERCOVITZ¹, «la posibilidad de retribuir al tutor debe ser valorada positivamente. La retribución contribuye a la consecución de una dedicación real del tutor, en tiempo y trabajo, al ejercicio de su función de protección y representación personal y patrimonial del tutor. Ello resulta más importante todavía en una sociedad en la que los vínculos familiares se han debilitado y en un ordenamiento que ha abandonado –justificadamente– el modelo de tutela familiar y se ha acogido la tutela judicial.»

Sentado lo anterior, es el artículo 274 del Código Civil el que recoge el derecho a la retribución y su cuantía cuando nos indica que:

«El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 % ni exceda del 20 % del rendimiento líquido».

El citado artículo recoge el derecho a una retribución por el tutor en el ejercicio de su cargo si bien dicha retribución tiene una limitación, cual es la «**que el patrimonio del tutelado lo permita**», por lo que el presupuesto previo para el derecho a esa retribución es precisar y determinar qué entendemos por patrimonio del tutelado.

Esta limitación de la retribución al patrimonio del tutelado responde a los criterios imperantes en el Derecho Comparado, acordes con una construcción estrictamente iusprivatista de la tutela.

En la mayor parte de los tutelados a los que se les impone un tutor nos encontramos con un patrimonio prácticamente inexistente o extremadamente reducido, pues aquellos que

1. *Comentarios a la reforma de nacionalidad y tutela*, Tecnos, p. 587, en su comentario al artículo 274 del CC.

poseen patrimonio ya sus padres se ocuparon de buscarles tutores o tienen familiares deeseos de cuidarlos, de manera que este estudio se dirigirá hacia aquellos cuyo patrimonio sea reducido y para los casos de fundaciones tutelares.

Ya en los prolegómenos de la reforma del artículo 274 operada por Ley 15/1982, de 13 de julio, y en su debate parlamentario se intentó salvar ese inconveniente con propuestas al proyecto de ley por el grupo UCD y por las enmiendas números 39 del Grupo Comunista y 74 del grupo socialista, en las que en definitiva preveían que la retribución sería satisfecha supletoriamente por la Administración o el Estado si el tutelado no tenía bienes suficientes. Tales enmiendas no prosperaron por el importante coste presupuestario.

En la segunda parte del artículo recoge que es el juez el encargado de fijar la retribución y establecer los factores de acuerdo con los cuales el juez fijará, en su caso, el importe de la retribución y el modo de percibirla, siendo dichos factores el trabajo a realizar, el valor de los bienes y su rentabilidad.

La retribución, en base a esos factores, vendrá determinada por la cantidad de tiempo, la intensidad que se requiera para el ejercicio de la tutela en relación con el tutelado, la dificultad de la tutela, el volumen de trabajo y responsabilidad procedente de la existencia de un patrimonio complicado, por su cuantía, por la necesidad de un atención personal, etc.

El trabajo del tutor tiene que medirse tanto por la cualificación profesional que el mismo implique como por la cantidad de tiempo y la intensidad que requiera, lo que determinará por tanto el incremento o no de dicha retribución. La dificultad en el ejercicio de la tutela no se deriva exclusivamente de la existencia o gestión de un patrimonio importante, sino que deberá ser tenida en cuenta la dedicación personal que requieren en nuestro caso, la mayoría de los tutelados.

El rendimiento líquido de los bienes o su rentabilidad² constituye el último factor para la determinación de la retribución del tutor, especificando el citado artículo que el Juez debe procurar «en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 % ni exceda del 20 % de ese rendimiento», por lo que podrá establecer una retribución por encima o por debajo de dichos porcentajes de forma excepcional. Se trata de una limitación que se relaciona con los incrementos netos que va experimentando el patrimonio del tutelado, una vez deducidos los gastos de producción de esos incrementos.

Aunque una de las formas posibles de fijación del importe de la remuneración es un tanto por ciento de los rendimientos líquidos a los que se refiere el artículo 274, parece lógico entender que dicha forma de cuantificación no es necesaria ni excluyente. Puede, e incluso, como opinan comentaristas de este artículo, que sería más conveniente, para evitar que el tutor se fije en un exceso de celo en la rentabilidad, más que en velar por el tutelado, «que se fije el importe de la retribución mediante una cuantificación estricta y quizás más respetuosa con el espíritu del artículo 221.2 del CC: se trata de evitar situaciones de posible

2. El artículo 276 derogado del CC se refería a «las rentas o productos líquidos de los bienes». Las diferencias con el actual artículo 274 del CC radican en que el máximo se ha aumentado y que ambos límites (mínimo y máximo) no son rígidos, ya que antes de la reforma estaba la dicción «no podrá rebasar», pudiendo ser por tanto tal retribución arbitraria del juez. Y adecuados o no a las circunstancias concretas de cada caso.

conflicto de intereses entre tutor y tutelado y la mayor rentabilidad no es siempre lo más conveniente para este último, incluso en términos estrictamente patrimoniales»³. Siguiendo esa línea doctrinal es evidente que la fijación de una cuota mínima para la administración de los tutelados cuyo patrimonio sea mínimo parece estar amparado legalmente.

Pasaremos ahora a analizar qué ha de entenderse por rendimiento líquido. Según nos indican los autores y doctrina autorizada, representa «todo lo que produzca el patrimonio del tutelado, una vez deducidos los gastos necesarios para su administración. En dichos gastos deben incluirse las remuneraciones de cuantas personas contribuyen a dicha administración y cuyos servicios hayan sido contratados por el tutor. Los rendimientos líquidos comprenden las pensiones y sueldos que el tutelado pueda percibir»⁴.

Hemos de tener en cuenta que el trabajo debe ponderarse conjuntamente, y que puede proceder tanto del cuidado de la persona del tutelado como de la administración de otros bienes del tutelado que no sean productivos o suficientemente productivos. Se trata de una rentabilidad que no procede de bienes en el sentido vulgar o económico del término, pero que sí que procede de un bien en sentido jurídico, puesto que deriva de un derecho de crédito, que, de acuerdo con los artículos 333 y siguientes del CC, debe ser considerado como un bien mueble y que por consiguiente habrá de fijarse no sólo en función de la rentabilidad, sino también del valor de los bienes del incapaz.

Como nos indica Rodrigo BERCOVITZ, «Los rendimientos líquidos se calculan trayendo los gastos de los rendimientos brutos, salvo los gastos que suponen precisamente la retribución del tutor, puesto que éste se fija a partir de aquéllos. Por otra parte, ya se ha dicho, que dicha retribución no responde únicamente al trabajo de administración de bienes. Sino también (o incluso únicamente) al trabajo de cuidado y protección personal del tutelado».

Esta forma de calcular la retribución del tutor que no atiende a la rentabilidad líquida de los bienes del incapacitado es la forma habitual que algunos juzgados vienen admitiendo.

En este mismo sentido se viene mostrando la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 6.^a, en los distintos autos que ha dictado en esta materia⁵ establece que:

«Como ya ha sido resuelto por esta Sala (Auto 296/2006), aunque la tutela es una función, el cargo de tutor es remunerado, determinando expresamente en este sentido el artículo 274 del Código Civil que «el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita», retribución que se hará depender del hecho de que el patrimonio del tutelado lo permita, es decir, de su fortuna (patrimonio), estableciéndose por ley dos posibles formas de retribución, bien mediante un tanto por ciento –indicativo– del rendimiento líquido de los bienes (patrimonio), sin que en ningún caso sea inferior al 4% ni exceder del 20%, bien mediante la asignación de frutos por alimentos cuando concurren las circunstancias a que se refiere el artículo 275 del mismo Cuerpo legal sustantivo, disponiendo la primera de las normas comentadas cómo «corresponde al juez fijar su importe y el

3. Página 591 de la obra antes citada.

4. Obra antes citada.

5. AP de Málaga, Sec. 6.^a, Autos 290/2006, de 28 de septiembre, 304/2006, de 10 octubre, 316/2006 de 24 de octubre.

modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 % ni exceda del 20 % del rendimiento líquido de los bienes», lo que significa que serán las rentas o productos líquidos de los bienes los gravados por la retribución del tutor».

Otros juzgados por el contrario entienden que, si el patrimonio del incapaz es mínimo, o tiene una PNC aún cuando tenga un remanente anual por tener cubiertas las necesidades por otras ayudas públicas, no se tiene derecho a retribución.

La tesis que mantienen algunas fundaciones tutelares sobre la necesidad de fijar una retribución mínima aun en patrimonios escasos, se deduce del hecho que a diferencia del artículo 276 del CC derogado, la retribución del tutor no queda necesariamente condicionada a determinados porcentajes de las rentas del patrimonio del tutelado, y como ya dijera BERCOVITZ en la obra tantas veces citada:

«tampoco existe obstáculo en el tenor literal del nuevo artículo 274 del CC para que, en su caso, la retribución se produzca total o parcialmente a costa del propio patrimonio del capital del tutelado. Es obvio que se trata de un resultado en el que no se ha pensado, pero el texto legal lo admite y puede ser adecuado a determinadas circunstancias. Basta con pensar en patrimonios cuya rentabilidad sea pequeña. Es este momento oportuno para recordar que el tercer factor que el artículo 274 CC recoge expresamente para fijar la retribución del tutor es el valor de los bienes como algo que se diferencia del trabajo que ese mismo valor puede determinar»⁶.

En este mismo sentido, analizando la posibilidad de que una fundación pública sin ánimo de lucro pueda percibir retribución por los servicios prestados, se viene pronunciado de forma favorable la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 6.^a, cuando en distintos Autos⁷ nos indica que:

«Por lo que se refiere a la posibilidad discutida en la litis de que una persona jurídica, carente de ánimo de lucro, pueda percibir alguna retribución por los servicios que presta a la persona tutelada por ella, esta Sala considera que existe dicha posibilidad por cuanto en el caso de los sometidos a tutela, el Código Civil no discrimina a las personas jurídicas para que no puedan solicitar el derecho a una retribución del cargo que ejercen. Sin embargo, cuando la persona jurídica que ejerce la tutela, es una fundación, resulta particularmente extraño el empeño en solicitar una retribución con cargo al patrimonio de la persona tutelada, sobre todo cuando, como ocurre en autos, se pretende en casos de personas con escasos ingresos, en los que precisamente la llamada al cargo de la fundación suele venir motivada por la imposibilidad de otros familiares para soportar las cargas, siempre onerosas, para quien la ejerce, de la función tutelar.

Ahora bien, el hecho de que la fundación tenga un patrimonio, que ha de ser suficiente para el cumplimiento de sus fines fundacionales con arreglo al artículo 10 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada

6. Página 593 de obra citada.

7. Autos 310/2006, 18 de octubre, 311/2006, 18 de octubre, 327/2006, 31 de octubre.

de Actividades de Interés General, afecto a la realización de fines de interés general, no supone un obstáculo a que el mismo esté constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica y, en concreto, a que pueda obtener ingresos de sus actividades, según el artículo 24 de la citada Ley, siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles benefactores, dada la dificultad de los poderes públicos de atender plenamente ese interés general y el protagonismo que la sociedad reclama y entrega a las fundaciones sin ánimo de lucro.

De ello cabe colegir que la retribución del cargo será posible siempre que el patrimonio del tutelado lo permita y se ha de determinar teniendo en cuenta el trabajo a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes.

Es evidente que el Juez puede motivadamente superar o reducir los límites fijados en el citado artículo, que no olvidemos no es un *numerus clausus*, y que por consiguiente desde el momento en que se acepta la posibilidad de que la retribución del tutor se obtenga al margen de las rentas líquidas del tutelado, no debe existir inconveniente para admitir que «dicha retribución se pueda fijar y realizar incluso contra el patrimonio del tutelado que se encuentre en situación de insolvencia legal»⁸.

No olvidemos que en algunos casos incluso se puede prescindir del criterio marcado en el citado artículo 274 del CC, como son los supuestos en que el testador o los progenitores hayan plasmado su voluntad de una determinada forma de retribuir al tutor (artículos 223 y 224 CC)

En este sentido hemos de indicar que el Código Civil en el artículo 274 no establece un modelo de cómo o cuándo ha de fijarse la retribución del tutor, las posibilidades son, pues, amplísimas, al igual que la forma de percibirse la retribución, puede ser en un solo pago o en mensualidades y una vez fijada no existe inconveniente en que el tutor la cobre directamente, si bien habrá de incluirla obviamente en la cuenta anual y precisará siempre de la autorización judicial.

8. Página 593 de la obra citada, en el mismo sentido se muestran otros autores citados en la nota 21 de dicha obra jurídica.

Revista de Derecho de

familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DECÁLOGO DEL BUEN DIVORCIO

Juzgados de Familia de Málaga

PERSPECTIVAS NO JURÍDICAS DE LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO O RUPTURA DE PAREJAS DE HECHO CON HIJOS/AS MENORES

La separación, el divorcio o la ruptura de una pareja de hecho conlleva además de un proceso jurídico, un proceso de transformación personal, familiar y social que afecta no sólo a los progenitores sino sobre todo a los hijos/as menores. Desde la óptica de los menores este documento trata de aportar a los adultos reflexiones que sirvan para que su ruptura matrimonial o de pareja de hecho sea lo menos perjudicial para sus hijos/as.

Por ello, los profesionales que trabajamos en el ámbito de los Juzgados de Familia, sensibilizados por las situaciones familiares que a diario conocemos, hemos considerado de interés elaborar unas recomendaciones que le ayuden a usted a comprender y afrontar mejor su nueva etapa familiar.

1.º El divorcio es algo más que un proceso legal

Toda ruptura familiar conlleva además de un proceso legal, un proceso emocional, personal y psicológico que viven tanto los adultos como los hijos/as de la pareja. El Juez y los abogados sólo le resolverán las cuestiones legales pero no las emocionales y afectivas. Ese proceso emocional no acaba con el dictado de la sentencia pues necesita un tiempo para ser superado, siendo frecuente que tras el proceso judicial surjan episodios de tensión entre los adultos y de éstos con los hijos/as.

2.º El problema no es el divorcio sino el «mal divorcio»

La ruptura de la relación entre la pareja no debería ser perjudicial para los hijos/as. Es la mala manera de desarrollar esa ruptura de pareja lo que acarrea consecuencias negativas para los niños/as. Los hijos/as pueden superar la situación si sus progenitores cooperan entre sí para llevarla a cabo de forma no traumática.

3.º De común acuerdo todos ganan

Las rupturas familiares en las que no existe acuerdo se centran en las críticas mutuas y aumentan las tensiones entre los progenitores y demás miembros del núcleo familiar pues se basan en la búsqueda de un culpable. En cambio las rupturas de mutuo acuerdo favorecen el clima de diálogo entre los progenitores y generan un ambiente más favorable a las relaciones de los hijos/as con éstos, pues miran al futuro, facilitando que cada uno asuma mejor su nueva situación.

4.º Se separan los padres, no los hijos/as

La separación, el divorcio o la ruptura de una pareja de hecho supone la desaparición de un vínculo entre los adultos, iniciándose otro tipo de relación familiar entre padres-madres e hijos/as. Procure que sus hijos/as mantengan una buena relación con el otro progenitor.

5.º La separación no supone la pérdida de ninguno de los progenitores

Ambos progenitores, a ser posible conjuntamente, deben explicar a sus hijos/as, de manera que puedan entenderlo, que se van a separar o divorciar. Esta información debe transmitirse en un clima de coherencia, confianza y cariño, pero sin alentar falsas expectativas de reconciliación. Deben asegurar a sus hijos/as que seguirán siendo queridos (evitar sentimiento de abandono), que no son culpables de nada (evitar sentimiento de culpa) y que ambos progenitores van a seguir ocupándose de sus vidas.

6.º Los hijos/as no son propiedad exclusiva del padre o de la madre

Aunque se haya conferido la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, ambos continúan siendo imprescindibles para el crecimiento y maduración de los hijos/as y la ausencia de cualquiera de ellos supone la falta de un soporte afectivo fundamental para su desarrollo. Las actitudes de «posesión» sobre los hijos/as que excluyen al otro progenitor perjudican gravemente a los menores. Han de evitarse también actitudes que impliquen despreciar, minusvalorar o desautorizar al otro progenitor.

7.º El divorcio no pone fin a las obligaciones compartidas con respecto a los hijos/as

Tras el divorcio el padre y la madre deben seguir manteniendo un diálogo lo más fluido posible sobre todas las cuestiones que afecten a los hijos/as. El cuidado diario de los menores requiere una organización y distribución de tiempo y aunque el ejercicio de la guarda y custodia lo lleve a cabo principalmente uno de los progenitores, ambos continúan siendo responsables al compartir la patria potestad. Ello significa que como progenitores tienen la obligación de consultarse y comunicarse de manera honesta, fluida, abierta y regular las decisiones importantes en relación a la educación, desarrollo físico, intelectual, afectivo-emocional de sus hijos/as. Deben evitarse las discrepancias y contradicciones educativas para evitar chantajes emocionales, alianzas y manipulaciones de los hijos/as.

8.º Lo importante es la calidad de la relación con los hijos/as

La relación de los hijos/as con el progenitor con el que no conviven habitualmente ha de ser periódica, constante y gratificante. Es un derecho de su hijo/a. La obstaculización, interrupción e inconstancia en el régimen de relaciones repercuten negativamente en la estabilidad emocional de los hijos/as y les generan graves perjuicios psicológicos.

9.º No utilizar a los hijos/as

Aunque la relación de los adultos o su ruptura haya sido extremadamente difícil a nivel emocional se debe dar prioridad a las necesidades de los hijos/as. No utilice a sus hijos/as en el conflicto que le pueda enfrentar con su cónyuge o conviviente, ni canalice a través de los menores las tensiones que la ruptura le genere a usted.

10.º Facilitar la adaptación del menor a las nuevas parejas

Es frecuente que tras la ruptura uno o ambos progenitores rehagan su vida sentimental con otra persona. La introducción de esa tercera persona en la vida de los hijos/as ha de hacerse con tacto, y progresivamente, a ser posible cuando la relación esté suficientemente consolidada. Debe dejarse bien claro al niño/a que ello no supone renunciar a su padre y/o madre.

CONCLUIMOS

Toda ruptura con enfrentamientos graves entre los progenitores es vivida por los hijos/as de forma traumática y como una pérdida, dejando huella en su desarrollo.

Por ello es muy conveniente que en todas las rupturas de pareja antes de iniciar un proceso judicial contencioso se agoten siempre las posibilidades de acuerdo entre las partes, intentándolo bien por sí mismas, bien por mediación de sus letrados, o de otros profesionales (mediadores familiares). A través de la Mediación Familiar ustedes y sus hijos/as pueden obtener una respuesta más satisfactoria a su nueva situación familiar.

RECOMENDACIONES

- Su comportamiento, actitud y valores como progenitores son un modelo de aprendizaje para sus hijos/as que tratarán de imitar.
 - Si ustedes dialogan sus hijos/as serán dialogantes. Si fomentan el conflicto sus hijos/as probablemente serán conflictivos.
 - Favorecer la relación de su hijo/a con cada uno de ustedes.
 - Utilizar el diálogo y la comunicación entre los progenitores es fundamental.
 - Mantener una coherencia y complicidad en los criterios educativos a seguir, independientemente de con quien se encuentre el/la menor.
 - Transmitir a sus hijos/as cualidades positivas del otro progenitor.
 - Tomar siempre las decisiones los adultos y no delegar en los hijos/as. Escuchar y comprender las protestas y sentimientos de sus hijos/as.
 - Fomentar las relaciones del menor con los demás miembros del grupo familiar: abuelos, tíos, primos, etc.

LO QUE MÁS PERJUDICA A SUS HIJOS/AS (y que usted debe evitar)

- Creer que la sentencia judicial pone fin al conflicto familiar.
 - Implicar a los/las menores en el proceso judicial.
 - Delegar en ellos la toma de decisiones.
 - Pelear, discutir y organizar escenas emocionales (llantos) o violentas (gritos) delante de ellos.
 - Criticar al otro, padre o madre, o alejarlos de él/ella o dificultar su relación.
 - Presionar a los niños/as en busca de información.
 - Mandar mensajes a través de ellos.
 - Situarlos en medio del conflicto: utilizarlos como pretexto, como arma arrojadiza, obligarles a tomar partido (aunque sea indirectamente).

¿CUÁNDO ES NULO EL MATRIMONIO?

Autor: BIANCHI, Pablo.

Edición revisada: FERRER ORTIZ, Javier.

Editorial: EUNSA.

Lugar y fecha de edición: Pamplona, 2.^a edición (2007).

Páginas: 272.

Resesión elaborada por: SILVIA GASPAR LERA

La nulidad del matrimonio canónico cuenta en el sistema jurídico español con una disciplina particular. De conformidad con el artículo 6.2 del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre Asuntos Jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979, los cónyuges pueden acudir a los tribunales eclesiásticos, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, solicitando declaración de nulidad del matrimonio, aunque la eficacia civil del pronunciamiento quede supeditada a su ajuste al Derecho del Estado. Por su parte, según resulta del artículo 73 del Código Civil, cabe igualmente someter la revisión de la validez del matrimonio canónico a la jurisdicción Civil –novedosa previsión introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, alejada cuando menos del espíritu del texto acordado–, si bien entonces al amparo de las normas civiles. El mismo criterio acoge el legislador en el artículo 769 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, al no exceptuar de la competencia atribuida a los órganos de la jurisdicción estatal para conocer las demandas sobre eventuales matrimonios nulos, a los celebrados según las normas del Derecho canónico.

Sin perjuicio de los conflictos que concita la exégesis de los preceptos mencionados, lo que no ofrece duda alguna es que, en su caso, las sentencias de nulidad civil de un matrimonio canónico carecen de eficacia en el ámbito del ordenamiento canónico, de manera que para la Iglesia católica el vínculo conyugal subsistirá hasta que la invalidez sea declarada por un tribunal eclesiástico. Cuestión aparte, que tampoco ha dejado indiferente a la doctrina y jurisprudencia españolas, es la suscitada –*ex* artículo 80 CC– en torno a los efectos de estas resoluciones en el orden civil, condicionados al juicio de los tribunales estatales sobre su ajuste al Derecho del Estado; lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente acerca del alcance de dicho control, en el sentido de interpretar, por lo que aquí importa, que no consiste en la comprobación de una exacta correlación entre las causas de nulidad previstas en el Código de Derecho canónico y las relacionadas en el Código Civil.

Las consideraciones precedentes tienen por objeto acreditar el interés que en el marco del sistema matrimonial español, pese a su ambigüedad y por encima de las diversas y encontradas interpretaciones a que han dado lugar los preceptos que lo conforman, tiene el libro titulado *¿Cuándo es nulo el matrimonio?*, escrito por Paolo BIANCHI, profesor de Derecho canónico y vicario judicial del Tribunal eclesiástico regional lombardo, de cuya versión en español se ha encargado el profesor Javier FERRER ORTIZ, catedrático de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico. No cabe presentar esta obra como una exposición completa del Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal, sino como una guía —eso sí, sólidamente fundamentada en las normas aplicables, la jurisprudencia rotal y la propia experiencia profesional de quien lo escribe— con la que su autor ha pretendido proporcionar a las personas que asumen la delicada labor de asesorar a matrimonios en crisis, unas pautas útiles en orden al acierto de la respuesta solicitada.

La originalidad de un trabajo de las referidas características, motivó al profesor FERRER ORTIZ a asumir el compromiso de su adaptación al ordenamiento jurídico español. Y es que si bien es cierto que la materia de la nulidad del matrimonio canónico ha sido ampliamente estudiada por la doctrina especializada, no lo es menos que la de BIANCHI todavía puede calificarse como una obra original. Ello en la medida en que está orientada a la resolución de los problemas que suelen plantearse, con ocasión de su incoación, en torno a las causas que la Iglesia considera relevantes a efectos de la declaración de invalidez del vínculo. Si a lo anterior se añade el estilo sencillo empleado por el autor, exento de tecnicismos y de planteamientos dogmáticos —por cierto, tan comunes entre la doctrina—, resulta sobradamente justificada la oportunidad de aquella iniciativa, que se ha hecho realidad en el libro objeto de la presente recensión.

En orden a la traducción del texto italiano al idioma español, el profesor FERRER ORTIZ ha contado con dos especialistas en la disciplina, lo que avala el rigor de la tarea realizada: Pablo ORMAZÁBAL ALBISTUR, juez del Tribunal eclesiástico de Alcalá de Henares; y Carmen GARCIMARTÍN MONTERO, profesora de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en la Universidad de La Coruña. Pero, como he anticipado, el libro *¿Cuándo es nulo el matrimonio?* no se limita a la traducción de la versión italiana. Antes bien, con el fin de acomodar la redacción original al Derecho español, y sin perjuicio de mantener inalterada su sustancia, se han introducido algunos cambios en lo que concierne a las anotaciones y a las indicaciones bibliográficas.

Así, por lo que se refiere a las notas a pie de página son dos los aspectos que merecen ser destacados. De un lado, la sustitución de las reseñas relativas a la legislación estatal italiana, insertadas por el profesor BIANCHI, por las normas homónimas del ordenamiento jurídico español. De otro lado, la incorporación de nuevas citas con una triple intención: facilitar al lector la consulta de los documentos originales referidos por el autor; explicar —en la medida en que se ha considerado necesario— algunos aspectos del sistema matrimonial en España; y permitir, mediante su transcripción, la confrontación de los preceptos más relevantes —en su mayoría del Código de Derecho canónico de 1983— mencionados en el texto principal.

En cuanto a la bibliografía, la novedad consiste en la sustitución de los trabajos de la doctrina italiana por obras básicas escritas en español. Se trata en todo caso de una selección de publicaciones de carácter general o monográfico; y es que lo que se ha procurado con ello —en congruencia con el planteamiento eminentemente práctico del libro— es ofrecer una orientación científica a quienes desean profundizar sobre las principales causas

de nulidad matrimonial, los mecanismos para proceder a su convalidación y la dispensa pontificia del matrimonio rato no consumado. Los estudios de referencia vienen clasificados en tres apartados en función de la materia que en ellos se aborda; así: manuales de Derecho matrimonial canónico; manuales de Derecho procesal canónico, y otros escritos de interés.

El contenido de la obra se estructura en catorce capítulos. Dedicado el primero de ellos –*Introducción*– a explicar la metodología que se adopta en la exposición ulterior, en los once siguientes se acomete el estudio individualizado de los *capita nullitatis* que estáticamente reclaman mayor atención en los tribunales. El profesor BIANCHI los agrupa en torno a los conceptos de libertad de la persona, capacidad y rectitud de intenciones, separándose a este respecto de las clasificaciones más al uso elaboradas por la doctrina canonista, centradas en la capacidad, el consentimiento y la forma. Así, desde la perspectiva asumida en el libro, las categorías resultantes de causas de nulidad matrimonial son las tres siguientes: las relativas a la ausencia o vicios de la libertad del consentimiento (violencia física o moral, error sobre la persona o sobre una de sus cualidades directa y principalmente pretendida por quien yerra, error inducido dolosamente y consentimiento condicionado); las concernientes a la falta de capacidad de los contrayentes (impotencia, incapacidad de consentir por insuficiente uso de razón o por falta de discreción de juicio, e incapacidad para asumir alguna de las obligaciones esenciales del matrimonio por una razón de naturaleza psíquica); y las atinentes a defectos voluntarios del consentimiento (simulación del matrimonio mismo y exclusión de alguna de las propiedades esenciales –unidad e indisolubilidad– o de un elemento esencial –el bien de la prole o el de los cónyuges– del matrimonio). La exposición detallada de la materia descrita se lleva a cabo del modo que se indica a continuación.

En primer lugar, bajo el epígrafe «violación de la libertad del consentimiento», se examinan los casos de violencia física y –con particular detalle en razón de su mayor frecuencia– el miedo o violencia moral infligida a uno de los contrayentes; a este respecto revisten singular interés las pautas que el autor proporciona en aras a constatar la concurrencia del elemento que, a su juicio, constituye el indicio principal del miedo; a saber: la aversión al matrimonio por parte del que lo sufre (capítulo II). Más adelante, en el marco general del «error de hecho», se analizan las dos únicas manifestaciones de este vicio del consentimiento a las que el Derecho canónico reconoce eficacia invalidante. De una parte, el error que recae sobre una cualidad de la persona pretendida de forma directa y principal y, de otra, el error que versando sobre una cualidad personal es provocado dolosamente. En el primer caso, la preocupación principal que subyace tras el texto gira alrededor de la identificación de los hechos que pueden contribuir a afirmar la relevancia de la cualidad aducida por el *errans*, en el doble sentido de ser un factor determinante de la voluntad matrimonial y de perturbar gravemente, su ausencia o presencia, el consorcio conyugal; en cuanto al error doloso, la atención se centra en los datos a tener en cuenta para llegar a la convicción de que, además de haber sido inducido, tuvo por finalidad obtener el consentimiento del *errans*, desestimándose a este respecto como prueba concluyente la confesión del que urdió el engaño (capítulo III).

Posteriormente se abordan las causas relacionadas con la simulación; en este contexto se formulan, de entrada, unas nociones básicas bajo el epígrafe «la simulación del consentimiento en general», reparando aquí el lector en las dificultades fundamentales que entraña en la práctica su demostración (capítulo IV). Tomando como presupuesto estas apreciaciones, se estudian a continuación las expresiones más difundidas en la sociedad del referido

motivo de nulidad matrimonial: en primer lugar, «la exclusión de la prole», cuya eficacia invalidante requiere valorar, entre otros elementos, si hubo una voluntad verdaderamente contraria a la procreación y las razones de tal voluntad (capítulo V); por cuanto hace a «la exclusión de la indisolubilidad», se enfatiza el significado que en este marco adquieren las convicciones religiosas de quien prescinde de la propiedad de la perpetuidad del vínculo y el tipo de amor que le indujo a casarse (capítulo VI); y en lo que concierne a «la exclusión de la fidelidad», se pone de manifiesto, principalmente, hasta qué punto conviene profundizar en el estilo de vida del infiel antes y durante el matrimonio para apreciar o no la concurrencia de la causa (capítulo VII). Terminan las deliberaciones sobre este punto con la denominada por la jurisprudencia y la doctrina «simulación total del consentimiento» que, como es sabido, consiste en el rechazo del matrimonio mismo; se subraya aquí la importancia que tiene, para considerarlo motivo de nulidad, tanto la identificación del móvil de la simulación, como el comportamiento del cónyuge simulador una vez realizado ese móvil (capítulo VIII).

En el grupo de las causas que tienen que ver con la capacidad de la persona, se aborda inicialmente el «impedimento de impotencia copulativa», no tanto por tratarse de una causa común, que no lo es, cuanto por la especial delicadeza que requiere su tratamiento; en este sentido explica el autor, valiéndose de la descripción de sutiles situaciones, el modo de conciliar la persona consultada el derecho a la intimidad de los cónyuges con su labor de averiguación de la falta de consumación —que, por cierto, representa una prueba importante aunque no concluyente de la impotencia— por causa ajena a la voluntad de aquéllos (capítulo IX). Más adelante se tratan de forma independiente, a pesar de la existencia de muchos puntos coincidentes entre ellos, los motivos de nulidad que se fundamentan en la incapacidad, ya «para consentir el matrimonio» (capítulo X), ya «para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio» (capítulo XI). En concreto, por lo que se refiere a la primera de las incapacidades aducidas —que parece haberse convertido en el momento presente casi en el único parámetro de valoración de la validez del matrimonio—, se señala la trascendencia que en orden a su estimación tiene la aportación de documentación médica; ello por cuanto que ésta puede llegar a ser elemento decisivo, incluso en ausencia de prueba pericial directa, a efectos de constatar la grave discreción de juicio de uno de los cónyuges. Y por lo que hace a la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, se pone el acento en la insuficiencia en estos casos de los juicios generales de inmadurez, manifiestamente cuando aquellas obligaciones fundamentales no se han vulnerado.

El estudio de las causas de nulidad del matrimonio canónico culmina con el capítulo XII relativo al «consentimiento condicionado». Se insiste aquí, principalmente, y con interesantes ejemplos, en la distinción de la condición propiamente dicha —es decir, la que tiene por objeto un hecho futuro e incierto— de otras figuras afines pero no reconducibles a ella —como los móviles del consentimiento— que por eso mismo carecen de relevancia sobre la validez del vínculo. Ello sentado, sostiene el autor que la emisión de un juicio acertado sobre la eventual concurrencia del motivo que ahora nos ocupa exige tener en cuenta, en esencia, los tres elementos siguientes: en primer lugar, la trascendencia que para el consorte que emitió su consentimiento condicionadamente tiene el hecho puesto como condición; en segundo lugar, la existencia, al tiempo de consentir, de una duda efectiva acerca del referido hecho; y, en fin, los esfuerzos llevados a cabo por ese cónyuge antes y después de la boda para conseguir el objetivo deseado (condición suspensiva) o para evitar el designio temido (condición resolutoria).

El libro comprende dos capítulos más que no versan propiamente sobre motivos de invalidez del vínculo conyugal, si bien presentan una estrecha relación con la materia. Se trata, de un lado, del capítulo XIII relativo a «la convalidación del matrimonio», con el que se quiere advertir que la iniciación de un proceso de nulidad no es la única salida ante la sospecha de un matrimonio inválido, señaladamente si existen esperanzas fundadas de continuar o restablecer la vida conyugal. De otro lado, el capítulo XIV y último aborda «la disolución del matrimonio rato y no consumado», profundizando en los aspectos siguientes: los elementos a tener en cuenta (físico, moral y *per coarctata tempora*) en orden a la prueba del hecho de la inconsumación; el procedimiento específico que ha de seguirse para obtener la dispensa; y el papel obstativo que a tal fin pueden ejercer determinadas circunstancias –como la previsión razonable de un perjuicio a terceros o a la comunidad–, no obstante resultar probada la falta de consumación y la concurrencia de justa causa.

Hasta aquí el contenido de la obra. Desde una perspectiva metodológica, todos los capítulos presentan, a salvo el introductorio, la misma estructura: en una primera parte –*Elementos de Derecho sustantivo*– se exponen y comentan sucintamente, evitando la erudición, las normas aplicables a la materia objeto de estudio; a continuación se proporciona al lector –*Guía práctica*– una serie de consejos que pueden resultar útiles en orden a comprobar la concurrencia de la causa de nulidad de que se trata; y el tercer apartado de cada capítulo –*Ejemplos*– comprende varios casos obtenidos de la realidad, que ilustran y confirman las reflexiones y afirmaciones sostenidas en torno al motivo de invalidez matrimonial analizado.

Sin duda, la principal aportación del libro consiste en la identificación de los criterios que permiten seleccionar, en el contexto de una crisis conyugal, los hechos más relevantes del caso expuesto; ello, a su vez, en orden a comprobar si éste se corresponde con alguno de los motivos de nulidad previstos por la ley canónica. Se contribuye así al recto análisis de los datos que presentan las partes –prescindiendo de ajenos juicios de valor– y a su sensata ponderación, lo que a buen seguro redundará en la formulación de respuestas motivadas a la luz de la disciplina eclesial, favoreciendo además su comprensión tanto si son favorables o no a la causa. Esta valiosa aportación, si bien concebida y materializada inicialmente en el marco del ordenamiento jurídico italiano, ha encontrado aplicación en el Derecho español a partir de la plausible iniciativa de adaptación asumida en su momento, como ya precisé al comienzo de la presente reseña, por el profesor FERRER ORTIZ. Con ello ha hecho posible que también en nuestro entorno puedan servirse de aquel trabajo, quienes por razón de su cargo o profesión han de intervenir en un expediente matrimonial, y aquellas personas que con anterioridad a la introducción de la causa están llamadas a prestar asesoramiento jurídico a los cónyuges con graves dificultades.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene subrayar, aunque no se indica de forma expresa en la versión original de la obra, la utilidad que puede revestir igualmente para el público que, por razones diversas a las expuestas, y aun sin tener conocimientos especializados en el régimen jurídico del matrimonio canónico, manifieste interés por la materia; utilidad que se hace patente tanto por la ajustada información que ofrece, como por la claridad con la que se expone. Asimismo, a pesar de que no estamos ante un manual de Derecho matrimonial canónico, no hay que menospreciar su valor en el marco de la docencia que se imparte en las Facultades de Derecho. Esto, no sólo en razón de la evidente tendencia del modelo educativo vigente a reforzar la enseñanza de tipo práctico; también, porque los contenidos formativos de los futuros estudios universitarios de grado se describen en términos de capacidades y destrezas, muy acordes con la orientación del libro aquí reseñado.

A la vista de todo cuanto antecede, no es de extrañar que apenas transcurrido un año desde la publicación en español de *¿Cuándo es nulo el matrimonio?*, asistiéramos ya a su segunda edición, revisada de nuevo por el profesor FERRER ORTIZ. Concurrían, en suma, datos suficientes para poder afirmar con satisfacción y solvencia quienes se implicaron en esta iniciativa, que se han cumplido con creces las expectativas que pusieron inicialmente en la obra.

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

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2007

19,02 euros/día o 570,60 euros/mes.

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO. (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1982	14,5	14,8	13,6	14,0	15,1	16,1	15,3	14,7	14,0	13,8	13,2	14,0
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									

**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

AVANCES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

La desidia del padre y su completo desinterés hacia su hija ha dado lugar a que ésta no le haya visto, al menos, en los últimos tres años (cuando ella tenía seis años de edad), y ello sin impedimento medianamente consistente, por lo que el incumplimiento de sus deberes paternofiliales no es ya que sea grave o leve, es sencillamente completo, entero y total, y por ello procede la privación de la patria potestad.

AP Cuenca, Sentencia de 18 de octubre de 2006.

El artículo 170 del CC, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 2006.

Lesiones sufridas por un chico de catorce años cuando jugaba con un amigo al mini golf al ser golpeado en situación de agachado por el palo accionado por el compañero al simular, o tratar de hacer, un golpe a la bola. Falta de responsabilidad de los padres del otro menor y de la entidad que gestiona el Restaurante en cuyas instalaciones se halla ubicado el campo de mini golf.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2006.

En cualquier caso, aceptando que fuere achacable al demandado un reprochable abandono de sus obligaciones económico-alimenticias (que, por lo demás, nunca fueron objeto de reclamación por la madre), no es de apreciar concorra razón alguna, cumplida y plenamente acreditada que permita concluir que el mantenimiento de la patria potestad por el padre resulte perjudicial para la hija.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2006.

GUARDA Y CUSTODIA

Es inviable convertir la custodia que tiene atribuida la madre en custodia compartida al quedar acreditadas las múltiples denuncias e imputaciones de incumplimientos entre los progenitores.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2006.

Existiendo una resolución de desamparo y asunción de la tutela de las menores ha de acudir al procedimiento especial de impugnación de este tipo de resoluciones previsto en los artículos 779 y ss de la LEC, no pudiendo, en consecuencia, solicitarse nada respecto a la custodia de los menores en el procedimiento de divorcio de los padres.

AP Cuenca, Sentencia de 4 de octubre de 2006.

Procede modificar a favor del padre la guarda y custodia, al haberse constatado por el Equipo Psicosocial que la menor está siendo víctima del síndrome de alienación parental. Se suspende todo contacto materno-filial hasta que el Equipo valore la conveniencia de reanudar dicha relación que, en principio, se hará a través del Punto de Encuentro Familiar, para evitar que la menor vuelva a ser objeto de manipulación.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2006.

No existiendo ningún informe que aconseje transformar la custodia simple en compartida, se desestima la demanda de modificación instada por la madre.

AP Huesca, Sentencia de 29 de septiembre de 2006.

Para el rechazo de la custodia compartida, no sólo ha de tenerse en cuenta que el apelante no hace ninguna referencia al régimen que propone, pues se limita a solicitarlo sin hacer la más mínima alusión al tiempo en que considera que su hija deba permanecer en su compañía o, en su caso, a la periodicidad de tales estancias –semanal, mensual, trimestral, etc.–, sino que también debe sopesarse, de forma primordial, la distancia geográfica existente entre el domicilio paterno y el lugar en que radica la residencia materna.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Auto de 1 de septiembre de 2006.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque el padre haya ingresado en prisión, no procede suspender el régimen de visitas paterno-filial: se restringirán a un fin de semana cada 2 meses, y en la propia prisión, en presencia de un educador, debiendo valorarse en ejecución de sentencia tanto la influencia que en el menor tenga dicho contacto con el padre, como la incidencia que la personalidad del padre puede tener en la educación y formación del hijo, al haberse constatado incorrectas valoraciones que aquél hace sobre la madre y las mujeres en general.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Teniendo en cuenta la distancia existente entre las ciudades donde residen los nietos y la abuela se fija un régimen de visitas de un fin de semana cada cinco (desde la salida del colegio hasta el domingo) y siete días en las vacaciones de verano.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2006.

VIVIENDA FAMILIAR Y AJUAR FAMILIAR

La única atribución de uso que se contempla en el código civil lo es al amparo del artículo 96 del mismo, y con referencia a la vivienda familiar, por lo que excede del ámbito del Derecho de familia la atribución de uso de la segunda vivienda, sin perjuicio de lo que resulte del proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2006.

Se otorga a la esposa el uso de la vivienda familiar por considerarla la parte más necesitada de protección, dados los antecedentes delictivos de condena al marido por maltrato en el ámbito familiar. Dicha atribución de uso permanecerá en tanto en cuanto no se proceda a la liquidación del régimen económico del matrimonio.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.

Se otorga al esposo el uso de la vivienda familiar cuando ha existido una previa separación de hecho libremente consentida, prolongada durante años, durante la cual él ha seguido ocupando la vivienda, habitando la esposa en otro inmueble. Procede mantener la situación actual hasta la definitiva liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales, y más aún cuando la esposa no ha mostrado interés alguno en ejecutar la medida provisional que le otorgaba el uso de la referida vivienda familiar. *AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.*

Cabe calificar de precario la utilización de la vivienda por el cónyuge del hijo de los propietarios a quienes se les cedió en uso en atención al matrimonio que contraían, sin que sea obstáculo para tal calificación que en el procedimiento matrimonial esté pendiente de atribuirse el uso de la vivienda familiar.

AP Sevilla, Sec. 8.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2006.

PENSIÓN ALIMENTICIA

En función del concreto nivel de vida de la familia que nos ocupa y del que ha de hacerse partícipes a los hijos, se fija una pensión alimenticia para los tres hijos de 5.010 euros teniendo en cuenta que el padre ha declarado que percibe al mes 10.000 euros netos.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2006.

Aunque el padre asume los gastos de otro hijo cuya custodia ostenta, procede fijar a su cargo una pensión de alimentos para el otro hijo que está bajo la custodia de la madre. Ante la dificultad de acreditar sus ingresos, al ser irregular su presencia en EEUU donde tiene ubicada su empresa, se ha de atender al panorama económico descrito por los hijos y al evidente nivel del que ha gozado la familia. Para evitar tal presunción de ingresos, incumbía al padre –en virtud del principio de disponibilidad probatoria (artículo 217.6 LEC)– brindar datos que permitieran una visión global aproximada de su actividad económica.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2006.

Para fijar la pensión que el padre ha de abonar a los hijos, en sus ingresos ha de computarse el prorrateo de pagas extraordinarias. Aunque han de considerarse ciertos gastos que ha de afrontar, no acredita que el documento relativo al arrendamiento de una vivienda por importe de 801 euros sea de la vivienda en que habita, pues no coincide con su dirección fiscal, ni con la de las nóminas, y corresponde a un piso de 4 habitaciones, muy superior a sus necesidades. Percibiendo 3.500 euros/mes es prudente una pensión de 600 euros para 2 hijos, cuando además en nómina percibe 238 euros en concepto de suplemento por hijos.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2006.

La duda sobre los ingresos reales del padre ha de interpretarse en contra de éste, pues en aplicación del principio de disponibilidad probatoria (artículo 217.6º LEC), es él quien como percceptor de sus salarios, está en mejor disposición para probar su situación económica. No obstante, se reduce la cuantía de alimentos fijada en la instancia: a) el padre no embarca y no trabaja durante 1/3 parte del año, debiendo considerarse una cantidad media prorrateada en relación a los periodos en que no percibe ingresos y b) ha de suponerse una cierta capacidad económica a la madre, derivada del negocio que regenta.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2006.

Cuando los ingresos del matrimonio proceden de los frutos y rentas del gran patrimonio ganancial, y no existe desequilibrio entre los recursos privativos de los que disponen ambos cónyuges,

no procede fijar pensión compensatoria para la esposa, sino una pensión del artículo 1408 CC de 2.500 euros, de los cuales 500 euros los recibirá del bien administrado por ella, y el resto se los ingresará el marido, del dinero proveniente de los rendimientos del resto del patrimonio cuya administración tiene encomendada. No son alimentos entre parientes –incompatibles con el divorcio–, sino de reparto con cargo a bienes comunes.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.

Se extingue la pensión de alimentos del hijo mayor de edad fijada en anterior proceso de separación, pues vive de forma independiente y obtiene ingresos propios: en un procedimiento penal en el que el hijo declaró como testigo, manifestó que trabaja desde los 15 años y que vive independiente desde hace año y medio. Dichos datos se corroboran con los datos recabados de la Seguridad Social, en los que le consta un domicilio distinto al de la madre. Requisitos exigidos por la jurisprudencia para que proceda una modificación de medidas.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2006.

No procede minorar la pensión de alimentos del hijo al ser ficticia la precariedad alegada por el padre, aduciendo haber cerrado los negocios que regentaba y manifestando tener sólo una prestación por desempleo: es una realidad social que ante la realización de actividades por cuenta propia se traten de ocultar los verdaderos ingresos, lo que obliga a los Tribunales a obviar la prueba directa, acudiendo a la indiciaria. Se ha de acudir al nivel de gastos asumidos y al *modus vivendi*, con independencia de la titularidad formal de las ganancias: ahora explota otros negocios similares a través de su nueva pareja.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2006.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque en el convenio regulador se pactó expresamente que la extinción de la pensión compensatoria sólo procedería cuando la ex esposa contrajese nuevo matrimonio, interpretando dicha cláusula conforme a la realidad social, debe admitirse la posibilidad de que su extinción también pueda tener lugar por una convivencia more uxorio prolongada en el tiempo, no teniendo esta cualidad la convivencia que se acredita en el procedimiento.

AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Procede fijar una pensión compensatoria para la esposa, con una limitación temporal de 5 años: pese a su dedicación primordial a los hijos, durante el matrimonio ejerció algún tipo de actividad en la empresa familiar, por lo que no se vio apartada totalmente del mundo laboral, lo que es significativo para apreciar su posibilidad de inserción en el mercado laboral. Contando la hija menor con 13 años, su atención no es incompatible con el desarrollo de un trabajo. El hecho de que conste que mantiene una relación sentimental con un varón, pero no una comunidad de vida, no impide la concesión de la pensión compensatoria.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2006.

Procede fijar una pensión compensatoria de 300 euros/mes para la esposa cuando el matrimonio ha durado 15 años, y los únicos ingresos de la familia provenían del trabajo del esposo, que percibe unos 3.500 euros/mes, mientras que la esposa, que cuenta con 43 años, carece de cualificación profesional y siempre se ha dedicado y se dedica aún al cuidado de los hijos, que en la actualidad tienen 15 y 13 años.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2006.

No procede extinguir la pensión compensatoria porque la esposa perciba ingresos derivados de un negocio que le fue adjudicado en la liquidación de la sociedad de gananciales y que ya regentaba antes del proceso de separación. A mayor abundamiento, en la actualidad dicho negocio es gestionado por la hija y la madre sólo percibe, además de la pensión, los ingresos por un empleo eventual en una empresa de limpieza a media jornada, que aún sumados a aquellos siguen siendo insuficientes para paliar el desequilibrio en su día apreciado.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2006.

CUESTIONES PROCESALES

No existe vulneración de la tutela judicial efectiva porque no se admitiera la declaración de todos los testigos propuestos en la instancia: la ley autoriza al tribunal a limitar la práctica del número de declaraciones de los testigos propuestos y admitidos cuando se considere suficientemente ilustrado con el testimonio de 3 de ellos. Además, dada la extensión de la prueba existente, dicha testifical resulta irrelevante y no hay necesidad de aburrir procesalmente al tribunal.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.

No incurre en incongruencia la sentencia de divorcio por no pronunciarse sobre la rendición de cuentas con liquidación y reparto por mitad del saldo existente en una cuenta ganancial: una cosa es una rendición de cuentas de contenido informativo o justificativo respecto de una medida de administración y otra pretender hacer una liquidación parcial de rendimientos o frutos de épocas pasadas de la sociedad de gananciales, lo que supondría convertir el proceso de divorcio en otro de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.

No incurre en incongruencia la sentencia en la que se acuerda modificar a favor del padre la guarda y custodia, pese a que el procedimiento fue iniciado por la madre, en solicitud de la suspensión de las visitas paterno-filiales. El artículo 752 de la LEC permite al Tribunal resolver en discrepancia con la solicitud inicial.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2006.

Se desestima la petición de nulidad instada por una de las partes por la no presencia del Ministerio Fiscal en la vista, toda vez que ninguna indefensión le ha causado, no siendo comparable dicho supuesto con aquel que se produce cuando, dándose las mismas circunstancias, es el Ministerio Fiscal quien pide la nulidad.

AP Tenerife, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2006.

Apreciación de oficio de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en un procedimiento de alimentos instado por el hijo contra su padre al no haberse demandado también a la madre.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2006.

Competencia de los juzgados y tribunales españoles para conocer del procedimiento de modificación de medidas en el que se solicitaba la modificación de la pensión alimenticia de la hija, habida cuenta que ésta tiene su domicilio en nuestro país.

AP Guadalajara, Auto de 6 de septiembre de 2006.

CONVENIO REGULADOR

Habiendo pactado los cónyuges la venta de la vivienda suntuaria para con su producto adquirir dos viviendas, procede respetar dicho pacto y atribuir el uso de la vivienda familiar hasta tanto tenga lugar la venta del inmueble.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2006.

Se revoca el auto del juzgado de instancia que modificó el régimen de custodia compartida pactado en el convenio regulador, ya que no existe ningún obstáculo para que la alternancia de los hijos con los progenitores sea semanal y no trimestral como acordó el juzgado.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 30 de noviembre de 2006.

A pesar de que los cónyuges pactaron en el convenio regulador en el que liquidaron la sociedad de gananciales que se procedería a la venta conjunta de la vivienda ganancial por el precio mínimo que fijaron, no pudiendo realizarse ante la oposición del ex esposo, es perfectamente procedente la acción de división de cosa común ejercida por la ex esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2006.

Nulidad de las cesiones efectuadas en el convenio regulador de la separación por el esposo en favor de la esposa en concepto de pensión compensatoria al haberse realizado en fraude de acreedores.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de junio de 2006.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Aunque en el Convenio de separación se pactó que ambos cónyuges percibirían una retribución igual por ser propietarios de una sociedad mercantil para la que trabajaban, y después la esposa lo cesó, dejando él de recibir tales retribuciones, ello no es motivo de oposición a la ejecución, ni exime al padre de abonar las pensiones de alimentos de las hijas: los problemas societarios o laborales del padre no tienen cabida legal frente a la ejecución. Los cambios sustanciales han de plantearse en un proceso de modificación de medidas y no en el de ejecución que ha de limitarse al cumplimiento de la sentencia.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 20 de octubre de 2006.

Se estima la oposición a la ejecución por falta de capacidad de la madre (artículo 559.1.2 LEC) para reclamar pensiones de los hijos mayores de edad, devengadas en el periodo en que éstos trabajaban en la empresa del padre, obteniendo ingresos que duplicaban el importe de la pensión alimenticia: alcanzada la mayoría de edad e independencia económica, decaen los presupuestos para que la madre pueda reclamar tal pensión. Exigir al padre acudir al proceso de modificación de medidas, obligando mientras tanto el pago de la pensión, es contrario al principio de economía procesal y a la justicia material.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 18 de octubre de 2006.

Concesión de exequátur a la resolución administrativa de divorcio dictada por Notario encargado del Registro Civil egipcio al no existir contrariedad con el orden público español.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 17 de octubre de 2006.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No procede acceder a la rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales, habida cuenta que el actor ha acreditado que, cuando se adjudicó el negocio con la condición de hacer frente a las deudas que existían, pagó las mismas, desvirtuando la alegación efectuada por la parte reconviniente en el sentido de que no se han acreditado la existencia de deudas.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2006.

Carácter privativo de la vivienda adquirida por el esposo antes de contraer matrimonio y abonada en parte (préstamo hipotecario) constante la sociedad de gananciales al ser aplicable el artículo 1396.1.º en su redacción anterior a la reforma de la ley 11/1981.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2006.

Validez de la fianza prestada exclusivamente por el esposo –casado en régimen de gananciales– que era administrador único de la empresa, estando legitimada únicamente la esposa para pedir la anulabilidad de la fianza.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2006.

Estimación la acción de complemento de liquidación de sociedad de gananciales a efectos de incluir en el activo la devolución de una parte del pago de un impuesto que se realizó con dinero ganancial y que ha sido percibido en exclusiva por la ex esposa.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2006.

Inclusión en el activo de un crédito de la sociedad por el importe actualizado de las obras que se hicieron en la vivienda familiar propiedad de la madre del esposo, al haberse acreditado que en la fecha en que aquella se realizaron se produjeron extracciones de las cuentas bancarias titularidad de los cónyuges.

AP Pontevedra, Sec. I.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2006.

Se desestima la inclusión en el activo de un premio de lotería que fue cobrada por una hija del matrimonio, ya que para que opere la presunción de ganancialidad es presupuesto inexcusable que quede probado que se trate de bienes existentes en el matrimonio.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2006.

Desestimación de la tercería de dominio interpuesta por la ex esposa frente al embargo de la mitad de un bien perteneciente a la comunidad post ganancial y que posteriormente se adjudicó a aquella, por deudas contraídas por el ex esposo después de disolverse la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2006.

Tratándose de una pluralidad de bienes, y no de una empresa que requiera unidad de dirección, se atribuye a la esposa la administración de un edificio y al esposo la del resto de los bienes, con obligación semestral de rendir cuentas. La mayor experiencia del esposo en el desempeño de los negocios hace aconsejable que mantenga la administración de la mayor parte de los bienes, sin que ello sea obstáculo para que la esposa administre un edificio en cuya gestión siempre tuvo una participación activa. Al desestimarse la incapacitación judicial promovida por el esposo se presume la capacidad de la esposa para tal administración.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.

No procede incluir en el inventario ganancial diversos bienes (vídeo, aspiradora, juego de whisky, juegos de cama) que fueron retirados por el esposo al salir de la vivienda familiar por considerarse que fueron aportados por él cuando contrajeron matrimonio, máxime cuando la esposa admitió que algunos de esos enseres habían sido adquiridos durante el noviazgo y usados hasta la boda por el esposo, de lo que se colige su naturaleza privativa.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2006.

Se incluye en el pasivo del inventario un derecho de crédito de la esposa frente a la sociedad de gananciales por el valor de las obras realizadas en la vivienda familiar por una empresa que pertenece a su padre: las obras fueron un regalo del padre a la hija y no al matrimonio conjuntamente (artículo 1346.2º CC). Se trata de una cuestión subjetiva que depende de la voluntad del donante, que ha declarado que esa fue su intención, y que resulta verosímil atendiendo a la naturaleza de la relación paterno-filial.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2006.

Se incluyen en el inventario ganancial diversos marcos de plata al no haberse acreditado que fuesen regalos del hijo a la madre: rige la presunción de ganancialidad que no se entiende destruida al contar como único medio probatorio con las manifestaciones parciales de ambos cónyuges.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2006.

Se incluye en el pasivo del inventario un derecho de crédito del esposo frente a la sociedad de gananciales, por el valor actualizado del vehículo privativo que entregó para la adquisición de otro nuevo. Dicha entrega está justificada por la certificación de un concesionario, sin que la impugnación genérica de prueba documental pueda considerarse suficiente para restarle valor probatorio.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2006.

Se incluye en el pasivo del inventario un derecho de crédito del esposo frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado de la cantidad que abonó antes de casarse como parte del precio de la vivienda familiar: dichos pagos fueron hechos con fondos de una cuenta de titularidad indistinta de ambos, pero el esposo ha probado documentalmente que en aquella época trabajaba y realizaba tales aportaciones, mientras que por el contrario, la esposa no ha justificado que aportara ni las cantidades que dice recibir de su padre, ni las becas de estudios que percibía.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2006.

Liquidada la sociedad de gananciales y adjudicados una serie de bienes en pro indiviso a ambos cónyuges, no existe ningún obstáculo para que se inste la división de la cosa común exclusivamente respecto a uno de ellos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2006.

Desestimación de la demanda interpuesta por la esposa y que perseguía la nulidad de la compraventa concertada por el esposo respecto a un bien ganancial al poderse deducir el consentimiento tácito de aquella.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2006.

No puede incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de la esposa por el trabajo realizado en la farmacia ganancial dado que, vigente la sociedad de gananciales, las remuneraciones del trabajo de los cónyuges tienen carácter ganancial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

No habiendo recibido la esposa el vehículo que le fue adjudicado en la liquidación de gananciales, tiene derecho al cobro de una cantidad igual a su valoración.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Inadmisión del recurso de casación contra Sentencia dictada en grado de apelación en juicio verbal sobre oposición a la adopción de un menor, en el que los padres biológicos defienden la necesidad de asentimiento al no estar incursos en causa de privación de la patria potestad: tiene vedado el acceso a la casación al no tener carácter de «Sentencia dictada en 2.ª instancia» (artículo 483.2º y 477.2º LEC).

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 5 de diciembre de 2006.

No es necesario el asentimiento de los padres biológicos para la adopción –bastando con que sean oídos–, al estar incursos en causa de privación de patria potestad. El referente temporal para apreciar el incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad es aquél en que se decreta el desamparo, y no la situación actual que concurre en el proceso de adopción, pues difícilmente puede valorarse el cumplimiento de tales deberes en un periodo en el que los padres han sido sustituidos en esas funciones por la entidad pública tras la declaración de desamparo. Elementos a ponderar para la privación de la patria potestad.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2006.

Se declara a la madre incura en causa de privación de la patria potestad al no haberse acreditado que se haya desintoxicado de su adicción, no habiendo sido posible, por falta de aptitud, la reinserción del menor con la familia biológica.

AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de noviembre de 2006.

La problemática personal y social que durante la corta edad de su hijo ha impedido al padre asumir las funciones inherentes a la patria potestad no puede estimarse esté superada en este momento. Ha mejorado, pero ello no determina que el padre esté capacitado para ejercer el papel de padre en forma beneficiosa para el menor y en tales condiciones no puede supeditarse la efectividad de la adopción a su asentimiento.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.

Se desestima la pretensión de los abuelos y el padre demandantes de que se les conceda un régimen de visitas con sus nietos e hijos dado que concurre situación de desamparo y los mismos se encuentran ya en acogimiento preadoptivo, no siendo conveniente para los menores en esta situación mantener lazos con la familia biológica, que perjudicaría su adecuado desarrollo psicológico y emocional, dificultando su incorporación al nuevo entorno familiar.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2006.

En el momento presente, pese a los esfuerzos realizados, no está preparada la madre para atender a su hija y se puede prolongar por más tiempo una situación de interinidad o acogimiento a la espera de un incierto futuro a costa del bienestar de la menor, la cual precisa de una madre y un padre, en cuya familia tener la oportunidad de ser y sentirse amada y protegida para poder crecer adecuadamente.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2006.

Se desestima la oposición a la adopción formulada por la madre biológica, pues no puede perpetuarse una situación de interinidad o acogimiento, a la espera de un incierto futuro a costa del interés de la niña. La menor precisa de una madre y un padre, sentirse amada y protegida y salir del oscuro túnel que ha transitado durante la mayor parte de su niñez. No se trata de culpabilizar a la madre, sino de dar respuesta judicial a una situación insostenible para la menor, tanto desde el punto de vista jurídico como humano.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2006.

FILIACIÓN

El demandado, que en Primera Instancia se negó a someterse a la prueba biológica de paternidad, recurre la sentencia de instancia que declara su filiación extramatrimonial: en base al artículo 752.1º LEC, la Sala antes de resolver, acuerda de oficio requerirlo personalmente para que en 3 días manifieste si está dispuesto a someterse a la prueba biológica, anticipando la actora los gastos de la prueba. Transcurrido ese plazo se entenderá que se niega a su práctica, lo que podrá ser determinante para declarar su paternidad. Supuestos en que la negativa injustificada permite declarar la filiación (artículo 767.4º LEC).

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 1 de septiembre de 2006.

UNIONES DE HECHO

La circunstancia de que un conviviente autorizase a otro a disponer sin limitación alguna de las sumas existentes en una cuenta bancaria de titularidad exclusiva suya no se considera con un dato que haga pensar en la existencia de una comunidad de pérdidas y ganancias entre ellos, ya que dicha autorización es en sí misma contraria a la idea de constituir un acervo común.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2006.

Fijación de una indemnización por enriquecimiento injusto que se concreta en la pérdida de expectativas y abandono de la actividad en beneficio de un conviviente por la dedicación en beneficio del otro.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2006.

CUESTIONES PENALES

No existe infracción del principio *non bis in idem* porque para calificar la habitualidad de un delito de violencia familiar (artículo 173 CP) se tengan en cuenta dos delitos de lesiones por los que se le condena en la misma sentencia, así como otros hechos anteriores que ya fueron objeto de sentencias condenatorias. Distinción entre los delitos del artículo 173.2º y 153 CP: el delito de habitualidad atenta contra la paz familiar, con independencia de los hechos que pudieran ser constitutivos de ese maltrato habitual, que afectan al bien jurídico que cada delito (lesiones, coacciones, amenazas, etc.) protege (integridad física, psíquica, etc.).

AP Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2006.

Que la víctima consienta al agresor incumplir la medida de alejamiento, permitiendo cierta tolerancia en las comunicaciones en beneficio de los hijos, no es motivo para absolver al espolo del delito de quebrantamiento de condena, máxime cuando ha cometido nuevas infracciones que revelan la necesidad de tal protección. Es criterio de esta Sala que la reanudación de la convivencia no es causa por sí sola para la atipicidad del quebrantamiento, debiendo ir

acompañada de inexistencia de nuevos ataques contra la víctima, y que sea consecuencia de que la propia víctima o un tercero promueven la comisión del delito.

AP Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2006.

Procede la condena por un delito de abandono de familia (artículo 227 CP), pues la situación de escasez de medios económicos –percibía sólo el subsidio por desempleo de 375 euros–, sólo podría justificarse, desde el punto de vista penal, si durante ese periodo de tiempo hubiera hechos pagos parciales. Al no haber abonado cantidad alguna, dejando a su hija en situación de desamparo económico, concurre el elemento subjetivo del injusto.

AP Cáceres, Sec. 2.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2006.

Procede la condena por el delito de abandono de familia, al no haber probado el imputado imposibilidad de abonar la pensión de alimentos del hijo: el hecho de que esté dado de alta en el régimen de autónomos desde hace años, hace presuponer que cuenta con medios para pagar las cotizaciones de la Seguridad Social, lo que le debe reportarle ingresos para pagar la pensión, pues carece de lógica pagar tales cotizaciones si no se obtienen beneficios para los propios gastos de la actividad. Sentencia del Tribunal Supremo (13 de mayo de 2001) que analiza los elementos esenciales del delito de omisión del artículo 227 C. Penal.

AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2006.

Se revoca la sentencia de instancia que condenaba a la madre como autora de dos delitos del artículo 450.1º CP por omisión del deber de impedir los delitos cometidos por su compañero sentimental contra sus menores hijos. Resulta vulnerado el principio acusatorio, pues se retiró la acusación por la vía del artículo 450.1º C.P, subsumiendo su conducta en el tipo del artículo 450.2º CP. La acusación ha de ser clara y precisa respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia no puede condenar sorpresivamente por algo por lo que no se acusó. Doctrina al respecto del Tribunal Supremo.

AP Baleares, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2006.

Aunque la testigo-víctima rectifique en el acto del juicio la versión de los hechos, procede condenar al acusado como autor de tres delitos de malos tratos en el ámbito familiar y otro de lesiones, sancionados en el artículo 153 CP, al existir suficiente prueba de cargo: no cabe otorgar credibilidad a tal rectificación cuyo único fin es evitar el castigo de su compañero sentimental, y además se contradice con toda la prueba testifical realizada en la instrucción e incluso en el acto del juicio oral.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2006.

Aunque el acusado no asistiera a la celebración del juicio oral, no procede acordar su nueva celebración, al no considerarse justificada su incomparecencia: del certificado médico se desprende que ese mismo día fue a urgencias, pero su estado de salud no le impedía acudir al juicio, pues, en general, era bueno, e incluso no tenía dolor, constatándose únicamente que estaba triste y se le recomendó acudir al médico de cabecera para decidir sobre consulta a Unidad de Salud Mental.

AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2006

Condena al padre como autor de un delito de violencia doméstica por agredir a su hija, y absolución de ésta a pesar de haber causado lesiones al padre al arrojarle el teléfono móvil: la desproporción de fuerzas entre padre e hija permite aplicar a ésta la eximente de legítima defensa, al ser su agresión defensiva. La declaración de la víctima es suficiente prueba de cargo al ser inequívoco su grado de credibilidad. Respeto a la valoración del Juez de instancia que ha

estado presidido por el principio de inmediación y contradicción. Validez del testimonio de la ex esposa que tras la agresión vio las lesiones (testimonio referencial).

AP Badajoz, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2006.

CUESTIONES REGISTRALES

No cabe inscribir en el Registro de la Propiedad un auto que ordena la adjudicación de los derechos hereditarios que al deudor corresponde sobre determinados bienes a favor de la entidad acreedora, constando aún aquellos inscritos a favor del causante, sin que conste haberse realizado la previa partición de la herencia en que sean adjudicados dichos bienes al deudor, no acompañarse el título de la sucesión.

DGRN Resolución de 1 de diciembre de 2006.

Denegación de la anotación de embargo sobre un inmueble que pertenece a un matrimonio de nacionalidad marroquí al haberse seguido el procedimiento únicamente contra el esposo.

DGRN Resolución de 24 de noviembre de 2006.

Las adopciones constituidas con arreglo al vigente derecho etíope cumple la regla de correspondencia de efectos y por tanto puede ser reconocida en España como verdaderas adopciones.

DGRN Resolución de 23 de noviembre de 2006.

No es inscribible el acta de protocolización de operaciones particionales dado que la demanda se interpuso contra la herencia yacente y los herederos desconocidos e inciertos del titular registral fallecido, habiéndose obviado la necesidad de nombrar un administrador que la represente.

DGRN Resolución de 18 de noviembre de 2006.

No procede inscribir el matrimonio islámico contraído por un español de origen marroquí, celebrado con anterioridad a adquirir la nacionalidad española, al constar inscrito otro matrimonio del propio interesado.

DGRN Resolución de 27 de octubre de 2006.

Habiéndose constituido la filiación adoptiva únicamente en la línea materna, los apellidos de la menor serán los de la madre adoptiva, pudiendo esta decidir al tiempo de la inscripción el orden que quiere que se le imponga.

DGRN Resolución de 26 de octubre de 2006.

No puede inscribirse en el Registro Civil el matrimonio celebrado en el extranjero entre un español – de origen marroquí– y una marroquí al constar en el acta de matrimonio que el anterior divorcio es revocable por parte del esposo, al ir en contra del orden público español.

DGRN Resolución de 26 de octubre de 2006.

No puede anotarse un embargo respecto a una finca que aparece inscrita a favor de unos cónyuges de nacionalidad holandesa y no se especifica en la inscripción cuota alguna de los partícipes. Para su inscripción la demanda debería haberse dirigido contra ambos cónyuges.

DGRN Resolución de 9 de agosto de 2006.

SUCESIONES

Inadmisión del recurso de casación contra sentencia recaída en procedimiento incidental sobre formación de inventario de bienes relictos tramitado conforme LEC 2000. Resolución no recurrible en casacional (artículo 483.2.1º, inciso primero, LEC 2000).

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 17 de octubre de 2006.

La sustitución fideicomisaria condicional a favor de los hijos y descendientes legítimos comprende a los adoptados plenamente según la ley de 1981, aplicable en el ameno en que se cumpla la condición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2006.

Nulidad de la partición efectuada por contador-partidor testamentario al haberse realizado fuera de plazo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2006.

La normativa aplicable a los derechos sucesorios del adoptado es la vigente en el momento de fallecimiento, y por tanto, bajo el régimen de la Ley de 1981, el adoptado en forma plena carece de derechos hereditarios respecto de su familia biológica.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2006.

OTRAS CUESTIONES

En base a lo pactado en el contrato de renta vitalicia, se reconoce legitimación a un hermano para reclamar frente al otro el cumplimiento de la obligación frente a la madre de ambos. En cambio, se desestima la petición de reclamación de gastos generados por atención domiciliaria y médica ya sufragados por un hermano, dado que la madre posee bienes suficientes para atender estos pagos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2006.

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.

