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

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 31
abril·junio 2006

Director:
Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	**3**
Índice	**7**
Estudios Doctrinales	**25**
Jurisprudencia	**63**
Resoluciones de la DGRN	**243**
Sección Práctica	**255**
Derecho Canónico	**267**
Tribuna Abierta	**279**
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	**299**
Avances Jurisprudenciales	**305**

editorial
LEX NOVA

Revista de
Derecho
de Familia

© LEX NOVA 2006

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

Diseño
MAC·115

ISSN
1139-5168

Depósito Legal
VA. 803-1998

Printed in Spain
Impreso en España

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

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

¿Está en crisis el sistema jurídico de protección de menores?

El auto dictado por la AP de Sevilla el 30 de diciembre de 2005 ha sido la punta del iceberg. Profundicemos en el caso.

- 12 de noviembre de 1996, la Junta de Andalucía declaró en desamparo a dos hermanos y se acordó su ingreso en un centro de acogida.
- 2 de junio de 1997, se ratificó la situación de desamparo de los menores y se acordó la constitución de un acogimiento familiar preadoptivo.
- 8 de septiembre de 1998, dictó sentencia el JPI núm. 7 de Sevilla desestimando la oposición de la madre biológica y confirmando tanto el desamparo como el acogimiento preadoptivo. Según señala la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla «ya se reconocía que la situación de dichos menores no se debía a un "deliberado y consciente abandono y desatención por parte de su madre", y la única imputación que se le hace es la situación de pérdida del autocontrol como consecuencia de la ingesta alcohólica en la que fue hallada cierto día, uno solo, sin prestar, por tal causa, el cuidado y atención a sus dos hijos; en la propia resolución se reconocía además por el mismo juez *a quo* que dicha madre se encontraba sometiéndose "a un severo plan de rehabilitación" de su adicción alcohólica, "existiendo informe médico de fecha 16 de abril de 1998 que indica la abstinencia de la misma y el pronóstico favorable de su recuperación", lo que además aparecía ratificado por informe médico forense de 13 del mismo mes y año; pese a ello, y por la existencia de un informe del equipo psicosocial acerca de poseer una personalidad neurótica, propensa a depresiones, algo, por desgracia, bastante extendido en la sociedad actual e imputable a muchos hogares respecto de los que nadie se plantearía una actuación de protección a cargo de los poderes públicos, se desestima la oposición planteada por dicha madre». En dicha resolución también se acordó la suspensión de las visitas con la madre biológica.
- En el mes de marzo del año 2000 los acogedores preadoptivos se personaron en autos cuando se estaba tramitando el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica y la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla, por Auto de 5 de junio de 2000, desestimó la pretensión de los demandantes de amparo de ser parte en el expediente.
- La Sec. 6.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 12 de junio de 2000, en la que estimó el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica y dejó sin efecto la declaración de desamparo y el acogimiento familiar preadoptivo, y ordenó que los menores fueran devueltos y colocados bajo la guardia y custodia de su madre biológica, recuperando ésta así su patria potestad, lo que se debería llevar a cabo de inmediato. «Este auto dictado después de haber explorado a ambos menores con un resultado que ya entonces calificábamos como muy positivo al apreciar cómo la menor Marcelina afirmaba que el único problema que tenía con su madre era su alcoholismo y que si lo superase le gustaría volver con ella, sin que en tal afirmación se apreciase confusión mental alguna, se concluye que no se

observa trastorno alguno si se acordase la reinserción con su familia de origen, y se añadía que no se podía penalizar a los menores apartándolos de su madre por lo que sólo había sido una enfermedad, además ya superada».

⊙ Don Juan y doña Josefa interpusieron recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que, mediante Sentencia de 20 de mayo de 2002 les reconoció el derecho a ser parte, por lo que se declaró la nulidad de actuado y la retroacción de los autos al momento en que se denegó su personación.

⊙ En ese mismo año 2002 la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla volvió a confirmar su resolución anterior acordando el reintegro de los menores con su madre biológica. Señaló la AP que «el cambio observado en los menores desde que esta Sala tuvo la oportunidad de explorarlos a la actualidad, pone de manifiesto una actuación dudosa de los acogedores, quienes enarbolando la bandera del beneficio de los menores, actúan sólo en su propio beneficio, defendiendo lo que consideran que es de su propiedad, no dudando en ningún momento en utilizar cuantos medios encuentran a su alcance». El fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial contenía una obligación de hacer dirigida a la Junta de Andalucía: el cese de la tutela que había asumido y el reintegro de los menores con su madre biológica.

⊙ Se acordó por el JPI núm. 7 de Sevilla un régimen de visitas guiadas. «La realidad de la continuidad de la convivencia con la familia de acogida y una ilusoria hipótesis de colaboración de la misma, posiblemente coartada por los lazos de afectividad que se habían ido generando con el paso del tiempo, condujeron al fracaso».

⊙ Imposibilidad de ejecución: sustitución por una indemnización. Juez de 1.ª Instancia fijó 72.670 euros aplicando el baremo de tráfico.

⊙ Posteriormente uno de los menores, por su propia voluntad regresó con la madre biológica.

⊙ «Lo expuesto pone de manifiesto la índole y gravedad, cualitativa y cuantitativa del sufrimiento de la solicitante, sufrimiento que se ha traducido en el actual padecimiento de dos graves enfermedades, como lo acreditan los informes médicos aportados tanto con el recurso como ya en sede de apelación incorporados al rollo por guardar directa relación con el objeto del debate y ser algunos de fecha posterior y, en fin, encontrarnos en un proceso de familia donde la rigidez procedimental ha de dejar paso al conocimiento de la verdad material: uno de naturaleza psíquica caracterizado por un cuadro depresivo reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio, y otro de naturaleza física u orgánica a resultas del cual se halla actualmente en tratamiento oncológico presentando plena afectación de un pulmón: a la vista de tal documental, y dados todos los antecedentes fácticos expuestos, la Sala llega al convencimiento de que tales padecimientos son consecuencia directa o indirecta del sufrimiento soportado durante casi diez años por la solicitante en la modalidad, intensidad y gravedad que queda expuesto». La Sec. 6.ª de la AP de Sevilla, fijó una indemnización de 1.450.000 euros al seguir el criterio de las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas indebidamente privadas de libertad, que es progresivamente creciente, es decir que estima que el sufrimiento va en aumento no de forma igualitaria según transcurre el tiempo de tal manera que un segundo período de idéntica duración que el anterior no se indemniza en el mismo porcentaje, por ser progresivo.

Evidentemente, estaban de más las críticas que la Sala hizo al juez de 1.ª Instancia achacándole que en su momento no quiso ejecutar la resolución que acordaba el reintegro de los menores con su madre biológica, porque ¿cómo se ejecuta esa medida cuando los menores

no querían ni ver a la madre biológica? Habrá que recordar el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, núm. 221/2002, de 25 de noviembre, que en otro caso similar indicó:

> «(...) Por ello la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución por los padres adoptivos de la menor, no podía dejar de valorar el riesgo que para la salud psíquica de ésta conllevaba en aquel momento el cumplimiento de la resolución judicial por la que se ordenaba iniciar el proceso de reinserción con su familia adoptiva
>
> (...) En el presente caso la Audiencia Provincial revocó la decisión que adoptó el Juez de 1.ª Instancia con el fin de evitar daños psicológicos a la menor sin valorar el riesgo apreciado por el Juez, pues negó la existencia de nuevas circunstancias acaecidas con posterioridad a su resolución anterior, no por considerar que no se había producido el cambio de circunstancias invocadas, sino por entender que dichas circunstancias ya habían sido valoradas en otro Auto dictado anteriormente por ella que el Juez se niega a ejecutar
>
> (...) La nueva resolución judicial no tenía como objeto volver a examinar y analizar cuestiones ya resueltas sobre la existencia o inexistencia de una pretérita causa de desamparo, ni tampoco revisar si la actuación de los servicios sociales de la Junta de Andalucía fue la más idónea o adecuada, ni tampoco trataba de suspender la eficacia de lo ya resuelto con carácter firme por la Audiencia Provincial de Sevilla, sino que, simplemente, pretendía tomar en cuenta la situación en la que en ese momento se encontraba la menor y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 158.3 del Código Civil, adoptar las medidas *ex novo* que fueran necesarias para apartarla de un peligro y evitarle perjuicios.»

¿Dónde está el problema? Sin duda en el tiempo que transcurre desde que comienza la actividad protectora de la entidad pública hasta que los tribunales resuelven la oposición de los padres biológicos. Durante todo este tiempo, como señala el auto de la AP de Sevilla que hemos analizado:

> «A partir de aquí el tiempo iría jugando en contra de Sara, porque dada la corta edad de los menores, y su inserción en una familia de acogida, los lazos con la misma lógicamente irían en aumento, y además era lo que se pretendía, con lo que desde entonces ya se estaba fraguando la dificultad, que devendría en imposibilidad, de ejecución de cualquier futuro fallo judicial que fuese adverso a tal situación, y sólo cabrían esperar dos situaciones: o un fallo favorable o un fallo de imposible ejecución, con lo que aparecía de todo punto distorsionada la institución judicial y la función tuteladora a través del juego de los recursos al presentarse ya *ab initio* mermada en su libre y soberana capacidad de decidir (...)»

Nuestro sistema legal no es ágil en reconocer que los padres no atienden al menor o, en el caso contrario, que debe ser reintegrado con ellos o con la familia biológica. Con el transcurso de ese tiempo y la creación de lazos de afectividad surge lo que desde nuestro punto de vista es el centro de la cuestión ¿tienen plena libertad los tribunales para resolver las oposiciones de los padres biológicos cuando los menores están integrados en otro núcleo familiar? Como textualmente dice la AP de Sevilla ¿tienen mermada los tribunales su libre y soberana capacidad de decidir? Claro, si el menor está perfectamente integrado con la familia de acogida ¿no se le crea un perjuicio si se acuerda la reinserción con los padres biológicos?

Como podrá comprenderse, la cuestión que analizamos tiene otra visión muy diferente desde las entidades públicas que no entienden o no comprenden cómo puede acordarse el reintegro de los menores con la familia biológica. Parece que la Administración Pública y los tribunales de justicia están en bandos opuestos o analizan realidades distintas. En un Encuentro celebrado en Madrid entre representantes de las entidades públicas de todas las comunidades autónomas y jueces, fiscales y secretarios judiciales, después de las ponencias tomaron la palabra repetidamente diversos funcionarios de las entidades públicas que cues-

tionaban «la improcedencia» de muchas de las decisiones judiciales en los que se revocaba la declaración de desamparo, la constitución de la adopción o la denegación del certificado de idoneidad. La respuesta fue bien sencilla: ésa es la garantía del sistema, que lo que uno hace lo pueda revisar otro.

¿Qué reformas legales podrían solucionar estos problemas? Nosotros apuntamos las siguientes:

Ante un desamparo doloso presentación automática de una demanda de privación de la patria potestad para que los tribunales valoren la situación y resuelvan la cuestión. Si se acuerda la privación de la patria potestad se eliminará toda la problemática al tramitar el procedimiento de acogimiento, ya no será necesario su consentimiento, ni siquiera con su audiencia (artículo 1818 LEC de 1881). Igualmente quedarán resueltos los problemas de constitución de la adopción ya que se eliminaría el incidente de oposición para determinar si los padres deben o no asentir a la adopción, bastará con que sean simplemente oídos.

Ante desamparo culposo o por situación límite de los padres, al mismo tiempo que se inicia la actividad protectora de la entidad pública, se dotará a los padres biológicos de la necesaria asistencia letrada que iniciarán ante los tribunales de forma inmediata la oposición al desamparo o la modificación del sistema de acogimiento.

Los tribunales valorando o no la posibilidad de reinserción determinarán si los menores deben pasar a un acogimiento residencial –o de acogedores profesionales sin ánimo de adopción–, o si ello no es factible a un acogimiento con terceras personas.

No podemos olvidar que el interés del menor no siempre está en buscarle una familia que sustituya a la biológica y posiblemente en muchos casos, su interés se tutele reinsertándolo con su familia y ofreciéndole a ésta ayudas realistas.

ESTUDIOS DOCTRINALES

Reflexiones sobre el ámbito subjetivo de la competencia en materia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
José Luis Rodríguez Lainz 27

El trastorno límite de la personalidad. Conflictividad en el ámbito familiar.
José Sáez Rodríguez 51

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaración de inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado, al ser contrario al derecho constitucional a la investigación de la paternidad y al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.
Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 273/2005, de 27 de octubre 65

Vulneración del derecho de defensa al haberse impedido al denunciante –que ejercía la autodefensa– poder interrogar en el juicio de faltas a los testigos que propuso a fin de acreditar el incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre de sus hijos.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 12/2006, de 16 de enero 81

Es necesario permitir la intervención efectiva del Ministerio Fiscal en la exploración de los menores a fin de que éste pueda personalmente oír e interrogar a los mismos, para conocer si éstos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección que estime necesarias.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 17/2006, de 30 de enero 84

No existe ninguna vulneración del derecho a la igualdad al impedir al contribuyente divorciado reducir de la base imponible el importe de las anualidades satisfechas a favor de los hijos en cumplimiento de la sentencia judicial.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 33/2006, de 13 de febrero 88

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Declaración de paternidad acudiendo a las pruebas indirectas –cartas y testigos– ya que las muestras óseas que se extrajeron al padre fallecido fueron ineficaces para poder practicar la prueba biológica.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2005 **94**

Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad ejercitada, en base al artículo 131 del CC, por la que se atribuye la cualidad de nieta contra los herederos del presunto abuelo al faltar la constante posesión de estado.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2005 **97**

PATRIA POTESTAD

Procede la privación de la patria potestad cuando, contando la menor con seis meses, el padre entrega su guarda a la entidad pública alegando que por razones laborales no podía hacerse cargo de ella, estando la madre ingresada en un psiquiátrico, y transcurridos más de dos años, no resuelve satisfactoriamente la situación familiar, sin que puedan ser obstáculo las posibles irregularidades habidas en la tramitación del expediente administrativo en cuanto a la solicitud de traslado de la menor al domicilio paterno con asistencia social de día en dicho domicilio.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2005 **101**

GUARDA Y CUSTODIA

El trabajo nocturno de la madre (de 1 a 5 de la mañana) no es causa impeditiva para la atribución de la custodia. Por otro lado, resulta evidente que, dada la edad de la menor, la atribución a la madre de su guarda y cuidado está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2005 **105**

ALIMENTOS

Devolución de la totalidad de los alimentos percibidos por la hija desde que se dictó la sentencia en primera instancia hasta que finalmente se desestimó la demanda de alimentos al considerarse que abandonó voluntariamente el domicilio familiar.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de junio de 2005 **107**

PENSIÓN COMPENSATORIA

Admisibilidad de que se limite temporalmente la pensión compensatoria, si bien es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2005 **109**

Admisibilidad de que en los procesos matrimoniales pueda establecerse una pensión compensatoria temporal siempre que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad del artículo 97 del CC, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2005 **115**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No se considera que exista un negocio fiduciario en la compra de la vivienda por la esposa en un matrimonio regido por el régimen de separación de bienes aun cuando en el contrato privado apareciesen ambos cónyuges como compradores.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2005 **120**

El artículo 1384 CC según el cual «Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero y títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren» no es aplicable a la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2005 **122**

Nulidad por falta de causa de la compraventa del 50% de los bienes gananciales en la que se establece como única contraprestación a cargo del esposo comprador la concesión a la esposa vendedora y a los dos hijos comunes, de un derecho de habitación sobre el chalet privativo del marido que constituía la vivienda familiar hasta que aquéllos cumplieran los 18 años.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2005 **124**

Legitimación de la esposa para reclamar a los cofiadores la parte correspondiente que abonó de la deuda principal sin que sea obstáculo alguno que el pago se hiciese por el esposo, ya que no existe prueba de que tuviera carácter privativo el dinero con que se pagó la parte de la deuda principal de la que debían responder proporcionalmente los demandados, en sus relaciones con los demás cofiadores.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de abril de 2005 **126**

Para determinar la situación económica de los bienes partibles –y ello es aplicable a una sociedad mercantil perteneciente a los cónyuges– habrá de estarse al tiempo de la partición y no al de la disolución de la sociedad de gananciales, pudiendo por tanto rechazar el tribunal la prueba pericial practicada que no se atuvo a este criterio en el momento de efectuar la valoración.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005 **128**

Procede incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales el crédito que ostenta la esposa por haber abonado las cuotas de la Comunidad de Propietarios aunque fuese la única que estaba habitando el inmueble.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005 **130**

Carácter ganancial del inmueble adquirido con intervención de marido y mujer en la escritura de compraventa, en la que el primero confesaba haberse adquirido con dinero propio de la mujer y reconociendo su calidad de parafernal, habida cuenta que aunque no era aplicable

el actual artículo 1324 del CC (privaticidad por confesión) la jurisprudencia anterior exigía la prueba de la procedencia del dinero para destruir la presunción de ganancialidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2005 **133**

La renuncia que efectuó la viuda a sus derechos en la sociedad de gananciales en una escritura de manifestación y adjudicación de herencia y compraventa de bienes inmuebles sólo puede referirse a dichos inmuebles, pero no al dinero que pudiesen existir en cuentas bancarias.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2005 **136**

Desestimación de la tercería de dominio interpuesta por la esposa habida cuenta que las fincas que se embargaron por deudas tributarias derivadas del IRPF y del IVA por la actividad desarrollada por el esposo tenían carácter ganancial al tiempo de nacer el crédito a favor de la Administración, no pudiendo perjudicar a tercero las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges liquidando la sociedad de gananciales y fijando el régimen de separación de bienes.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de junio de 2005 **140**

La indemnización por despido o pensión de jubilación o concepto análogo relativo a la extinción de una relación laboral, percibida tras la disolución de la comunidad ganancial, no se imputa a ésta, ya inexistente, sino que es un bien adquirido personalmente por la persona que fue miembro de la misma, ya disuelta.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 2005 **142**

Carácter ganancial de un inmueble adquirido por el esposo en documento privado que se formalizó el día anterior al matrimonio; se aplazó parte del precio, y la escritura pública se otorgó cuatro años después con la atribución de la condición de ganancial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2005 **145**

Se deniega la solicitud de autorización de venta de un bien de carácter ganancial habida cuenta que esa autorización judicial sólo la prevé el Código Civil para una sociedad de gananciales vigente y no cuando la misma ya está disuelta.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de julio de 2005 **147**

Carácter ganancial de la deuda tributaria generada por el impago del IVA mientras estaba vigente la sociedad de gananciales, si bien se excluye el importe de la multa al ser imputable exclusivamente al esposo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de julio de 2005 **150**

INCAPACIDAD

Imposibilidad de constituirse una relación procesal correcta, cuando la demandada carece de la capacidad psíquica suficiente, aunque la misma no haya sido declarada judicialmente, siendo indiferente que se le haya designado un procurador y un letrado del turno de oficio. Voto particular.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2005 **152**

EFICACIA CIVIL DE RESOLUCIONES CANÓNICAS

Concesión de eficacia civil a una sentencia de nulidad canónica pues el requisito del respeto o no contradicción con el orden público de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende, solamente se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia dictadas conforme al

Derecho canónico no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal. No siendo obstáculo para tal reconocimiento que el matrimonio estuviese ya disuelto por divorcio.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2005 **155**

ERROR JUDICIAL

No se considera que exista error judicial porque en fase de ejecución de sentencia se determine la pensión compensatoria que debe percibir la esposa, cuando en el convenio regulador se estableció una cantidad global en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y pensión alimenticia para el hijo, fijándose ambas en un 50% de la cantidad que se venía abonando.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2005 **157**

SUCESIONES

Nulidad del testamento otorgado en peligro de muerte y hecho a favor de los administradores de una residencia de ancianos interviniendo como testigos empleados de la misma ya que el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario cuando nada obste a que este fedatario público autorice el testamento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2005 **158**

Recibidas diversas sumas por los hijos antes del fallecimiento de la madre, se acuerda traer a colación de la masa hereditaria el valor actualizado de dichas sumas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de junio de 2005 **162**

Estimación de la acción pauliana ejercitada por el banco ante la renuncia a los legados de la herencia del padre por los hijos que eran deudores de aquél, procediendo la revocación de la escritura de partición, adjudicación y renuncia al haberse realizado en perjuicio de acreedores de los herederos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de julio de 2005 **165**

Se desestima la acción de adición a la partición ya que, por la posesión continuada de los bienes muebles, uno de los coherederos adquirió su propiedad por usucapión.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 2005 **167**

Nulidad de la compraventa y de la donación considerada remuneratoria disimulada por fraude de los derechos legitimarios del donante, ya que los servicios que la donataria realizó como secretaria, enfermera y ayudante fueron debidamente remunerados en su momento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de julio de 2005 **170**

CUESTIONES PENALES

Condena al compañero sentimental por un delito del artículo 153 del CP, por un delito de detención ilegal, por un delito de lesiones, por un delito de quebrantamiento de condena y por cuatro faltas de lesiones, con base en la declaración de la víctima y las corroboraciones periféricas de los hechos declarados.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2005 **174**

Absolución del delito de estafa inmobiliaria por el que venía acusado el ex esposo, que tras la sentencia de divorcio, y teniendo atribuido judicialmente el uso de la vivienda familiar hasta que se liquidase la sociedad de gananciales, la transmitió a un tercero. Es necesario hacer constar que, por haberla comprado el esposo en estado de soltero y abonada en parte constante el matrimonio, pertenecía en *pro indiviso* a aquél y a la sociedad de gananciales.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 8 de junio de 2005 **177**

Absolución de un delito de alzamiento de bienes en relación con el impago de la pensión alimenticia ya que cuando el acusado llevó a cabo los actos dispositivos, enajenando a terceros los bienes que integraban su patrimonio, no era aún deudor de cantidad alguna y tuvieron que transcurrir más de dos años, desde entonces, para que lo fuera respecto de la ex esposa.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 27 de junio de 2005 **180**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

PATRIA POTESTAD

Procede privar al padre del ejercicio de la patria potestad, al haberse acreditado la existencia de una causa grave, ya que se le ha diagnosticado un problema de pedofilia exclusiva y limitada a incesto que entraña riesgo para los menores.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005 **184**

Si el padre que ostenta la guarda y custodia realiza disposiciones dinerarias de las cuentas de los hijos, sin aplicarlo además a necesidades de la familia, procede adoptar, al amparo de los artículos 154 CC y 164 CC medidas de aseguramiento y control de las labores de administración. No supone violación del derecho a la intimidad la obligación semestral de aportar los extractos de las cuentas bancarias de los hijos.
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 28 de septiembre de 2005 **185**

Procede el archivo de la ejecución instada en reclamación del cumplimiento del ejercicio de la patria potestad compartida: se ha cumplido el requerimiento al acreditar la madre haber informado al padre, remitiéndole burofaxes comunicándole cambio de domicilio, citas médicas, razón de ellas y cambio de colegio. No está obligada la madre a dar información de todos los pormenores de la vida de los hijos, pues la sentencia no la condena a ello.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 28 de septiembre de 2005 **186**

GUARDA Y CUSTODIA

Procede modificar la guarda y custodia a favor del padre al haber manifestado el menor de forma evidente que éste es su deseo y que viene conviviendo con él desde la separación matrimonial. El Informe pericial psico-social practicado en la alzada como diligencia final también corrobora estos extremos. El resto de las medidas inherentes a la guarda y custodia, se relegan para el trámite de ejecución de sentencia.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2005 **187**

Procede mantener la guarda y custodia a favor del padre a la vista del informe emitido por el Equipo Técnico y al haberse constatado el temor que la menor siente hacia la pareja sentimental

de la madre. Respeto al criterio del Juez *a quo* que ha gozado de inmediación, cuando no se dan razones objetivas de que haya incurrido en ningún error.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005 **188**

Procede otorgar la guarda y custodia del menor a la madre, atendiendo al acuerdo inicial de los progenitores cuando se produjo la separación de hecho, así como al informe que consta en autos, que en interés del menor, desaconseja un cambio de custodia. El padre no ha acreditado la inestabilidad sentimental, laboral y de domicilio que imputa a la madre.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2005 **189**

Procede otorgar al padre la guarda y custodia del menor al llevar viviendo con él durante un período prolongado de tiempo y un cambio de guarda podría conllevar una modificación en sus hábitos desaconsejable; además el padre cuenta con el apoyo de sus otras hijas de otra relación, mientras que de la madre ni siquiera consta su situación real en cuanto a su domicilio.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2005 **189**

No procede la guarda y custodia compartida: la solicitud de que la menor esté con cada progenitor por el período de 5 años alternativamente es contraria a su estabilidad.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2005 **190**

Aunque en acuerdo privado anterior los cónyuges acordaran modificar la custodia a favor del padre, como consecuencia de la situación vivida por la madre al perder una hija en un parto, procede ahora modificar la custodia a favor de la madre, al haberse acreditado la inadaptación emocional del menor en el entorno paterno con la posibilidad de sufrir el síndrome de alienación parental, que podría llegar a ser una sicopatología de consecuencias graves.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2005 **191**

Aunque en medidas provisionales se otorgó la custodia a la madre, en la sentencia se modificó a favor del padre al desvelar el informe que éste reúne condiciones más idóneas para atender al hijo; se constata el descuidado ejercicio de la guarda de la madre, corroborada por un informe del colegio del menor que destaca su situación poco cuidadosa en puntualidad, aspecto y mantenimiento de objetos. Testifical de familiares: validez probatoria: aunque guardan parentesco sanguíneo con el padre, son precisamente los directos espectadores de las condiciones cotidianas de la vida familiar.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2005 **192**

RÉGIMEN DE VISITAS

Dado que uno de los hijos es mayor de edad, y el otro está próximo a cumplir los 18 años, procede acordar un régimen de visitas abierto a la libertad de las partes.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2005 **193**

Existiendo una situación violenta entre los progenitores, y constando acreditada la existencia de circunstancias graves, no procede establecer el régimen de visitas normalizado con pernocta, sino que procede en ejecución de sentencia ir ampliándolo progresivamente si así lo aconsejara la evolución de la relación paterno-filial tras la evaluación del Equipo Técnico adscrito al Juzgado.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 6 de octubre de 2005 **193**

Existiendo una medida de alejamiento del padre respecto a la madre del menor, procede que las entregas y recogidas se efectúen en el domicilio materno por el abuelo paterno, siempre que éste muestre su asentimiento y conformidad. Esta medida es más factible que la acordada en la instancia de que se realizaran a través del Punto de Encuentro, dada la distancia geográfica del domicilio de los progenitores con el citado Punto de Encuentro Familiar de Lugo.
AP Lugo, Sec. 2.ª, Auto de 18 de octubre de 2005 **194**

Se acuerda la suspensión provisional del régimen de visitas paterno-filial en tanto en cuanto que como consecuencia del seguimiento que se efectúe sobre el menor, no se dictamine la conveniencia de su restablecimiento. Se ha constatado fehacientemente que el menor presenta un trastorno desadaptativo con síntomas de ansiedad por la situación conflictiva que experimenta cuando convive con su padre junto a su pareja y la hija de ésta.
AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 19 de octubre de 2005 **195**

Acordada por el Juez de Instrucción una medida de prohibición de aproximación y comunicación tanto con respecto a la esposa como hacia la hija, el Juez que conoce del procedimiento de separación ha de respetar dicha medida, y no procede, durante su vigencia, el establecimiento de régimen de visitas paterno-filial.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2005 **196**

Procede dejar en suspenso el régimen de visitas materno-filial, cuando la madre, con ocasión del régimen de visitas, abandonó el país e hizo incluso necesaria la intervención policial para reintegrar al menor con el padre que ostentaba su custodia. Se trata de una cautela temporal que podrá ser modificada cuando la madre muestre una actitud y garantías suficientes para tener una relación normal con el hijo.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005 **196**

VIVIENDA FAMILIAR

Dadas las características del inmueble y siendo las hijas mayores de edad, procede la limitación temporal durante 3 años del uso de la vivienda, o hasta que se liquide la sociedad de gananciales, si la fecha de ésta es anterior a dicho plazo. Estudio jurisprudencial y análisis de las soluciones del Tribunal Supremo ante la colisión del derecho de uso (artículo 96 CC) y el derecho de propiedad de los cotitulares de la vivienda; procedencia de la *actio communi dividundo*.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005 **197**

Los gastos derivados del consumo o de aquellos otros necesarios para la habitabilidad de una vivienda, han de ser abonados por quien la usa; no ocurre así con los gastos de comunidad, que han de ser abonados por el esposo, pues no tienen relación directa con el consumo directo y específico, sino con gastos generales.
AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 26 de septiembre de 2005 **199**

Procede la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa sólo hasta que se liquide la sociedad de gananciales. No procede la prolongación del derecho de uso por el plazo de 10 años, pues el único hijo mayor de edad reside en otra ciudad donde realiza un máster, y no consta que cuando lo finalice, desee vivir con la madre, y aunque así fuera con su edad y preparación se ha de presuponer que tendrá su propia independencia.
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2005 **200**

Aunque no existen hijos y la vivienda conyugal es propiedad del esposo, se atribuye a la esposa su uso durante 3 años por constituir el interés más necesitado de protección: ambos cónyuges padecen esquizofrenia paranoide, pero la esposa además tiene una minusvalía del 66% y unos

ingresos muy inferiores a los del marido. La aplicación con automatismo absoluto de la ley puede provocar situaciones injustas, debiendo valorarse las circunstancias concretas que pueden justificar excepciones a las reglas generales para atribución del uso de la vivienda.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 2 de noviembre de 2005 **200**

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede reducir la pensión de alimentos de las hijas: no se concibe la disminución de ingresos por no realizar horas extras, pues el actor continúa trabajando en la misma empresa y con igual oficio. Las medidas pactadas en el Convenio Regulador fueron con visión de futuro y permanencia. Las necesidades de las hijas no se limitan a los gastos escolares, sino que el concepto de alimentos es más amplio (artículo 142 CC).
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2005 **201**

La pensión de alimentos ha de abonarse en doce mensualidades: es irrelevante que los hijos pasen un mes completo con el no custodio, pues se compensa con otros meses del año en que los gastos son mayores.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005 **202**

Procede condenar al padre, en concepto de alimentos, al pago de los gastos de matrícula y mensualidades de un máster en ICAI, pues es la culminación de la formación intelectual del hijo que se estima necesaria en los tiempos que corren para acceder a un empleo.
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 26 de septiembre de 2005 **203**

Los gastos de farmacia de la hija no son extraordinarios, pues son periódicos y eran previsibles al momento de la separación cuando se fijó la cuantía de la pensión de alimentos.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de septiembre de 2005 **204**

Son gastos extraordinarios los derivados de asistencia psicológica de la menor en un centro privado: el cambio de un centro público a uno privado está justificado y se considera preciso, dadas las complicaciones de la hija preadolescente que requieren una mayor periodicidad.
AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 29 de septiembre de 2005 **205**

El gasto de clase de repaso de inglés de la hija no es extraordinario: ya existía al momento de la separación y se tuvo en cuenta para fijar la cuantía de la pensión de alimentos, por lo que ha de reputarse como un gasto ordinario. Definición general de gastos extraordinarios.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 4 de octubre de 2005 **206**

Procede la reducción de la pensión alimenticia al haber pasado el obligado al pago a la situación de jubilado y percibir 362,54 euros; se fija la cuantía de la pensión en 70 euros mensuales como mínimo indispensable para subvenir a las necesidades del hijo.
AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, Auto de 17 de octubre de 2005 **207**

Procede estimar la modificación de medidas en base a que las necesidades de la hija con 15 meses de edad, eran muy inferiores a las que precisa con 13 años, y se entiende ajustado a derecho incrementar la pensión proporcionalmente al incremento del salario que el padre ha tenido durante el transcurso de todos esos años. Criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la proporcionalidad que ha de regir en la fijación de las pensiones alimenticias.
AP Toledo, Sec. 2.ª, Auto de 17 de octubre de 2005 **207**

No procede la extinción de alimentos de la hija de 21 años por haber repetido dos cursos escolares.
AP Lugo, Sec. 1.ª, Auto de 18 de octubre de 2005 **209**

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede en el procedimiento de divorcio declarar extinguida la pensión compensatoria otorgada a la esposa en la separación, al haber adquirido nuevos inmuebles que ella misma reconoce destinar a arrendamiento.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2005 **209**

No procede pensión compensatoria para la esposa pese a existir diferencias en los ingresos de ambos cónyuges: ambos pueden subvenir al pago de sus propias necesidades, sin perjuicio de que cada uno tenga la posición económica que le corresponde según sus actitudes y capacidad para generar recursos.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2005 **210**

Aunque en el Convenio Regulador se pactara que la pensión compensatoria de la esposa era «vitalicia», dicha medida está dentro del contenido del Convenio Regulador del artículo 90 del CC, con validez *rebus sic stantibus* y no afectada por el principio de cosa juzgada, siendo posible su modificación si se produce una alteración sustancial de las circunstancias.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2005 **211**

No procede la pensión compensatoria solicitada por la esposa: es vinculante y totalmente válida la renuncia que se contenía en un Convenio de separación que finalmente no fue ratificado por el esposo. El Convenio no homologado judicialmente es un negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre que no vulnere el artículo 1255 CC ni sea contrario al interés de los hijos menores de edad. Ante el incumplimiento de los acuerdos patrimoniales que en él se contengan, deberá la parte interesada acudir al procedimiento ordinario correspondiente.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2005 **212**

Extinción de la pensión compensatoria por haberse cumplido la condición resolutoria pactada en el Convenio: la esposa ha accedido al mercado laboral y sus ingresos superan los 300 euros mensuales. Habiéndose cumplido la condición, es indiferente que subsista el desequilibrio entre los ingresos de los esposos. Además, la esposa percibe rentas de inmuebles que le fueron adjudicados en el momento de la separación, rendimientos que no se tuvieron en cuenta en el clausulado del Convenio.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2005 **214**

CONVENIO REGULADOR

No existiendo en autos datos que aconsejen una desviación del acuerdo, ha de resultar vinculante el importe de pensión de alimentos para una hija mayor de edad, pactado por los cónyuges en un Convenio Regulador que finalmente no fue ratificado judicialmente: los cónyuges son quienes tienen pleno y absoluto conocimiento de las más íntimas necesidades y posibilidades de los interesados.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2005 **215**

CUESTIONES PROCESALES

Para la admisión de la demanda de divorcio no puede exigirse la acreditación documental del domicilio de la parte actora ni la del último domicilio conyugal.
AP Tenerife, Sec. 1.ª, Auto de 19 de septiembre de 2005 **216**

Al encontrarse el demandado en ignorado paradero, y sin perjuicio de que pueda personarse en autos y plantear una declinatoria, para el conocimiento de la demanda de divorcio se admite la competencia del juzgado donde tiene su domicilio la parte actora.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 22 de septiembre de 2005 **217**

Competencia del Juzgado de 1.ª Instancia para tramitar unas medidas previas de separación aun cuando en un Juzgado de Instrucción con competencia en Violencia sobre la mujer dictó sentencia con anterioridad condenando al esposo por un delito de maltrato no habitual en el ámbito familiar, debiendo entenderse que la referencia que se hace en el artículo 49 bis de la LEC a la fase del juicio oral se refiere al procedimiento penal.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 3 de octubre de 2005 **217**

Habiendo asistido el procurador al acto de la vista de separación, y aun no habiéndolo hecho la propia litigante personalmente, no procede tener a la parte por desistida: ha de tenerse a la parte por comparecida, pues no es preceptiva su asistencia personal. La incomparecencia de la letrada al acto del juicio únicamente tendrá repercusión en las posibilidades alegatorias y probatorias pero tampoco es motivo para tener por desistida a la actora.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 6 de octubre de 2005 **218**

Se inadmite a trámite la demanda de separación por no acompañar las certificaciones registrales de matrimonio y nacimiento del Registro Civil, y ello pese a que la actora había sido requerida en dos ocasiones por el Juzgado para que las aportara.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 6 de octubre de 2005 **219**

No procede condenar en costas al padre que desiste de la demanda de modificación de medidas, al decidir el hijo, días antes de la celebración del juicio, que quiere volver a vivir con la madre. Tampoco se aprecia temeridad en los profesionales intervinientes para imponer la multa del artículo 247 LEC.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de octubre de 2005 **220**

La solicitud de una pensión de alimentos y pensión compensatoria para la esposa, debía haberse solicitado mediante reconvención, pues son medidas no pedidas por el esposo en su demanda y sobre las que el Tribunal no debe pronunciarse de oficio. No obstante, esa dificultad formal podría dar lugar a consecuencias desproporcionadas, y al haber sido objeto de controversia en el proceso, procede entrar en el fondo.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2005 **221**

Se inadmite a trámite la demanda de separación conyugal, al existir una sentencia previa de separación: los cónyuges reanudaron su convivencia pero no comunicaron tal reconciliación al Juzgado. Para regular la nueva situación pueden acudir al procedimiento de ejecución de sentencia o bien al de modificación de medidas si las medidas requieren ser adaptadas a nuevas circunstancias.
AP Zamora, Sec. 1.ª, Auto de 4 de noviembre de 2005 **222**

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No procede en ejecución de sentencia modificar la guarda y custodia en aplicación de la sanción prevista en el artículo 776 LEC por incumplimiento del régimen de visitas. Dicha modificación ha de sustanciarse en un procedimiento con todas las garantías procesales, y la aplicación de tal sanción está prevista para supuestos de recalcitrante ineficacia de lo acordado, y razones de urgencia y gravedad así lo aconsejen.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005 **223**

Se desestima la oposición basada en que concurre causa de extinción de la pensión compensatoria, pues dicho motivo no se halla comprendido en los contemplados en el artículo 556 de la LEC.
AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 3 noviembre de 2005 **224**

Si en el Convenio se pactó que en el mes de verano la madre renunciaba a reclamar la pensión de alimentos, aun no habiendo permanecido los hijos con el padre en ese período, por razones de equidad procede despachar ejecución por las mensualidades de verano, pero reducidas en un 50%, ya que los hijos son mayores de edad, tienen problemas en su relación con el padre y vienen realizando trabajos de manera esporádica.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Auto de 4 de noviembre de 2005 **224**

No es motivo de oposición a la ejecución el hecho de que el hijo mayor de edad tenga una relación distante con el padre y estuviera trabajando con unos ingresos cuya cuantía no ha sido probada.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Auto de 4 de noviembre de 2005 **225**

No es motivo de oposición a la ejecución en reclamación de pensiones alimenticias, la precaria situación económica del obligado al pago, ni la independencia del hijo. Ha de acudirse al procedimiento de modificación de medidas para la extinción de la pensión, que en su caso, tendrá relevancia para las pensiones devengadas a partir de su interposición, pero no para las ya vencidas, ya que ni siquiera consta que se haya solicitado la extinción con efectos retroactivos.
AP León, Sec. 3.ª, Auto de 15 de noviembre de 2005 **226**

REGÍMENES ECONÓMICOS

El pago de las deudas tributarias por la explotación de un negocio privativo de uno de los cónyuges es una carga ganancial, como lógica compensación a los intereses y rentas que produce la explotación del negocio.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2005 **227**

Existencia de lesión en más de la cuarta parte en la liquidación de gananciales: infravaloración de la vivienda adjudicada a la demandada que unos meses después la pone a la venta por el doble del precio que se hizo constar en la liquidación. Se constata el agravio al actor con un daño superior a la cuarta parte del valor de los bienes que le fueron adjudicados, siendo indiferente para la prosperabilidad de esta acción la existencia de vicios en el consentimiento.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2005 **227**

Procede acordar el sobreseimiento del proceso ante el desistimiento del actor de su demanda de liquidación de gananciales, pese a que el demandado ha formulado oposición formal. Definición doctrinal y jurisprudencial del desistimiento y posturas sobre su carácter bilateral: el Tribunal

Constitucional se inclina por su carácter no bilateral, siendo facultad del tribunal ordinario acordarlo o no siempre que no cause indefensión o perjuicio irrazonable al demandado. Procede la condena en costas al actor de conformidad al artículo 396.1.º LEC.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 6 de octubre de 2005 **228**

La disolución de la sociedad de gananciales se produce a la fecha de la sentencia de separación, máxime cuando no ha quedado acreditada la previa separación de hecho alegada por la esposa para excluir del inventario bienes que dice haber adquirido ella en exclusiva durante ese período; consta además que el depósito notarial para pago de la escritura de préstamo hipotecario de uno de los bienes litigiosos fue realizado por ambos cónyuges el mismo día.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2005 **231**

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se desestima la oposición de los padres biológicos al acogimiento pre adoptivo de un menor de 5 años de edad. Aunque el previo acogimiento simple se llevara a efecto por una actuación detestable de la Administración, ha de estarse al interés prioritario del menor, y aunque los padres biológicos estén recuperados de su toxicomanía, lo determinante es que el menor está plenamente integrado con la familia de acogimiento y el retorno con aquéllos conllevaría unas consecuencias impredecibles.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 10 de noviembre de 2005 **231**

FILIACIÓN

Procede decretar la paternidad dada la negativa a la práctica de la prueba biológica, unido a los indicios que aparecen en la fotografía y en las palabras de dos personas, únicas que declararon en el procedimiento, junto con la ausencia absoluta de cualquier intento de acreditar algo distinto a lo instado en la demanda.
AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de septiembre de 2005 **232**

CUESTIONES PENALES

Procede la condena como autora de una falta de desobediencia, a la madre que no hace entrega de los hijos al padre en el lugar y día establecido. El hecho de que la madre haya cambiado su lugar de residencia, y alegue falta de medios económicos para desplazarse no justifica el incumplimiento, y menos aún cuando ni siquiera ha intentado modificar las medidas actualmente vigentes.
AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2005 **234**

Procede la condena como autora de una falta del artículo 618.2.º del CP, por incumplimiento de obligaciones familiares, a la madre que, sin justificación alguna, no hace entrega del hijo al padre el día que le correspondía, sin que tenga virtualidad alguna la mera alegación de que no pudo contactar con la familia paterna.
AP Madrid, Sec. 17.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2005 **234**

El quebrantamiento de la medida cautelar requiere un actuar doloso: no se aprecia por el hecho de que el denunciado, excepcionalmente, pueda aproximarse a su ex cónyuge con ocasión de ir

a ver a sus hijos al colegio, ni por el hecho de que les efectúe llamadas telefónicas a un teléfono que no es el de la denunciante.
AP Madrid, Sec. 5.ª, Auto de 31 de octubre de 2005 **235**

No es competente el Juzgado Especial de Violencia sobre la mujer, al no haberse constatado que el delito contra los deberes familiares denunciado se haya cometido en un contexto de violencia doméstica. Preceptos de aplicación para resolver conflictos competenciales en esta materia: los delitos contra los deberes familiares cuya instrucción corresponde a los Juzgados Especiales han de cometerse en un contexto de violencia doméstica, aunque su concreta mecánica comisiva no sea intimidativa ni violenta.
AP Madrid, Sec. 17.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005 **236**

Procede el sobreseimiento provisional y archivo del procedimiento por delito de abandono de familia, al haberse interpuesto la denuncia casi al momento en que el esposo salió de la vivienda, y días antes la esposa había retirado dinero de la cuenta familiar.
AP León, Sec. 2.ª, Auto de 2 de noviembre de 2005 **237**

Procedencia de adoptar la medida cautelar de prohibición del hijo de aproximarse a su madre, al inferirse indiciariamente de la propia declaración de la denunciante una actitud agresiva del hijo e indicios de amenazas de muerte. Su finalidad es evitar que el hijo persista en comportamientos que impliquen peligro para la madre, que se encuentra atemorizada.
AP Madrid, Sec. 16.ª, Auto de 8 de noviembre de 2005 **238**

Condena por delito de impago de pensiones: no es el proceso penal el idóneo para discrepar de la obligación impuesta en la sentencia de divorcio. Es irrelevante que el obligado al pago haya tenido una nueva hija, y que alegue la existencia de otras deudas que además consta que han sido impagadas, pues motivaron el embargo de su sueldo. Al no figurar de alta como demandante de empleo se presume que estaba trabajando y que obtendría ingresos para abonar la exigua pensión de 90 euros para la hija.
AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2005 **239**

Diferencias de las facultades del Tribunal de apelación según la sentencia de instancia sea absolutoria o condenatoria: en el primer caso, si en la alzada no se han practicado pruebas, no se puede modificar la valoración que sobre pruebas personales han llevado al Juzgador a dictar sentencia absolutoria; en el segundo, en virtud del principio de presunción de inocencia, el Tribunal de apelación puede enjuiciar la valoración de las pruebas personales realizadas por el Juez de Instancia.
AP Cantabria, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2005 **239**

Desproporcionalidad de la pena impuesta al condenado como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar: la anterior condena por un delito de impago de pensiones no puede tomarse en consideración para valorar la peligrosidad del acusado, al ser diferentes los bienes jurídicos que protegen ambos delitos.
AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2005 **240**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

ADOPCIÓN

Para practicar la inscripción en el que conste como lugar de nacimiento el domicilio de los padres adoptantes, se declara competente el Registro Civil correspondiente al domicilio de

aquéllos, previa petición por éstos del traslado de las inscripciones principales de nacimiento y marginales de adopción practicadas en el Registro Civil Central.
Resolución de 20 de octubre de 2005 **245**

No puede inscribirse la adopción constituida en Haití al no corresponder los efectos de la misma con los previstos en la legislación española sin perjuicio de que, constituida de nuevo la adopción conforme a nuestras normas, como así ha sucedido, tenga acceso al Registro Civil el auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia.
Resolución de 19 de noviembre de 2005 **247**

MATRIMONIO

Aun cuando se aportan certificaciones de soltería, el interesado en el trámite de audiencia reservada, en dos ocasiones declaró que había contraído matrimonio en Marruecos hacía cuatro meses, y ello lleva a considerar que el matrimonio pretendido no puede ser autorizado por no haberse acreditado la ausencia del impedimento de vínculo matrimonial, sin que las posibles dudas sobre la validez o no del matrimonio marroquí para el ordenamiento español pueda desvirtuar tal conclusión.
Resolución de 20 de septiembre de 2005 **248**

Se concede la autorización para contraer matrimonio al haber quedado acreditado que ambos conviven al menos desde el año 2004 y que el resto de las declaraciones no revelan desconocimiento relevante de las circunstancias personales y familiares del otro, no pudiendo afirmarse con rotundidad la existencia de simulación.
Resolución de 10 de octubre de 2005 **248**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No existe ningún obstáculo para que se inscriba en el Registro de la Propiedad la adjudicación de una mitad indivisa de un bien ganancial a favor de uno de los cónyuges quedando la otra mitad pendiente de liquidación.
Resolución de 6 de septiembre de 2005 **250**

Apareciendo una finca inscrita a favor de ambos esposos y para su sociedad conyugal, no puede rectificarse el carácter del bien de ganancial a privativo con la sola alegación efectuada por la esposa de que dicho bien fue adquirido en estado de soltera por adjudicación del Instituto Nacional de la Vivienda.
Resolución de 13 de septiembre de 2005 **252**

No se precisa aprobación judicial para la inscripción de una liquidación de gananciales y partición de herencia si en el auto nombrando al defensor judicial no se indicaba nada al respecto.
Resolución de 21 de septiembre de 2005 **252**

Se deniega la inscripción de un convenio regulador de separación en el que dentro de la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudica a un hermano del esposo, en pago de un crédito que éste tenía con la sociedad de gananciales, una parte indivisa de unos inmuebles.
Resolución de 25 de octubre de 2005 **253**

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Fallecido uno de los titulares registrales de un inmueble que les pertenece en *pro indiviso*, es necesario que los herederos de éste intervengan en el procedimiento de división de la cosa común, por lo que no habiéndose acreditado tal extremo, se deniega la inscripción del auto de adjudicación.
Resolución de 21 de septiembre de 2005 254

SECCIÓN PRÁCTICA

Medidas Previas *inaudita parte*. Requisitos y problemática para su adopción. 257

Casos prácticos. 260

DERECHO CANÓNICO

La íntima conexión entre la falta de libertad interna y el temor reverencial.
Julio Ortiz Herráiz 269

TRIBUNA ABIERTA

El artículo 1408 del Código Civil. Un gran desconocido. 281
Juan José Reyes Gallur

Menores y televisión. 285
Fernando Santos Urbaneja

Ausencia de consentimiento por alteración psíquica y nulidad matrimonial. 291
Aurelia María Romero Coloma

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Publicaciones, noticias y datos de interés. 301

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Matrimonio. 307

Separación, divorcio y nulidad. 307

Patria potestad. 308

Guarda y custodia. 308

Régimen de visitas. 309

Vivienda familiar y ajuar familiar. 310

Pensión alimenticia. 311

Pensión compensatoria. 312

Cuestiones procesales. 313

Ejecución de sentencias. 314

Regímenes económico-matrimoniales. 315

Procedimientos de menores. 316

Filiación. 317

Uniones de hecho. 317

Cuestiones penales. 318

Cuestiones registrales. 319

Sucesiones. 319

Otras cuestiones. 320

Revista de Derecho de
familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

REFLEXIONES SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA COMPETENCIA EN MATERIA PENAL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ LAINZ

Magistrado

RESUMEN

Análisis comparativo de las diferentes líneas doctrinales sobre la posición de los hijos, descendientes y demás personas allegadas distintas de la mujer, *víctima primaria* de la denominada violencia de género. Partiendo de tal análisis se desarrolla la posición personal favorable a dotar de autonomía a tales sujetos pasivos o *víctimas secundarias*, con tal que pueda establecerse en el hecho punible investigado u objeto de enjuiciamiento una conexión con lo que se denomina *perspectiva de género*; es decir, necesidad de caracterización del hecho objeto del proceso penal como un acto de violencia de género en sí mismo, en el sentido de extensión a éstos del concepto inicialmente utilizado por el artículo 1 de la LOMPIVG, y a su vez diferenciación respecto de las modalidades típicas relacionadas en el apartado b) del artículo 87 ter de la LOPE, en las que tal elemento no sería exigible.

ABSTRACT

REFLECTIONS ABOUT THE SUBJECTIVE ENVIRONMENT OF THE DOMAIN IN PENAL MATTER OF THE TRIBUNALS OF VIOLENCE ON THE WOMAN

Comparative analysis of the different doctrinal lines on the position of the children, descendants and other close people different from the woman, *primary victim* of the so called gender violence. Starting from such analysis the personal position favourable to endow with autonomy to those passive fellows or *secondary victims* is developed, to settle a connection in the investigated punishable fact or prosecution object with what is denominated *gender perspective*; that is to say, necessity of characterization of the fact object of the penal process as an act of gender violence in itself, in the sense of extending to these ones the concept initially used by the article 1 of the LOMPIVG, and at the same time differentiation regard to the typical modalities enumerated in the point b) of the article 87 ter of the LOPE, in which that element would not be exigible.

Sumario

I. PLANTEAMIENTO

II. LA POSICIÓN DOMINANTE: EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA POR INFRACCIONES CRIMINALES COMETIDAS SOBRE MENORES Y ALLEGADOS POR RAZÓN DEL «PRECEDENTE» DE ACTO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

II.1. Soluciones aportadas por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder judicial

II.2. La línea doctrinal mayoritaria

III. POSICIÓN PERSONAL: INDEPENDENCIA DE LOS MENORES Y ALLEGADOS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, SIEMPRE QUE LA INFRACCIÓN CRIMINAL INVESTIGADA PUEDA CONSIDERARSE POR SÍ MISMA UN ACTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

III.1. Los delitos del artículo 87 ter.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la cláusula de producción de acto de violencia de género

III.2. El principio de igualdad de tratamiento en las víctimas de la violencia de género, tanto primarias como secundarias

A) El argumento histórico: razón de ser de la adición de las víctimas secundarias.
B) El análisis sintáctico y semántico de la proposición normativa.
C) El argumento lógico contextual.

IV. EPÍLOGO: SOLUCIONES Y PLANTEAMIENTOS PERSONALES A LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA IMPLANTACIÓN DE LAS DOCTRINAS MAYORITARIAS

I. PLANTEAMIENTO

Siempre he tenido por costumbre, en mi todavía corto periplo en el apasionante mundo de la literatura jurídica, evitar la fácil tentación de aprovechar la inminente aprobación de un determinado texto normativo, de especial trascendencia social o dentro del orbe jurídico, para tratar de obtener una mayor repercusión y difusión de mi trabajo. El debate inicial, el intercambio de impresiones, e incluso los primeros contactos con la nueva realidad jurídica, facilitan el entendimiento de sus entrañas y laberintos interpretativos.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante LOMPIVG) tuvo una larga *vacatio*, a la vez que un constante análisis mediático de los intensos debates parlamentarios que permitieron que la norma viera la luz en un contexto de unanimidad que pareció responder más al temor de que ningún partido político quedara *fuera de la foto*, que a un verdadero convencimiento

de que la ley, aparte de avanzar en la búsqueda de soluciones inmediatas al preocupante fenómeno social de la ahora denominada violencia sobre la mujer, estaba dotada, en cuanto a su contenido, de una corrección jurídica que permitiera su fácil interpretación y ajuste a nuestro consolidado, aunque tantas veces enmendado, edificio del ordenamiento procesal penal español.

Fue en ese contexto en el que, confrontando materiales de anteriores trabajos publicados y no publicados, y aprovechando el extenso material acumulado con motivo de la conferencia que diera en un curso organizado por el Ministerio de Justicia en colaboración con la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía[1], decidí realizar un extenso trabajo sobre temas relacionados con la difícil convivencia que se preveía entre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Instrucción de Guardia ordinarios[2], abarcando extensamente y con detenimiento los entresijos de la realmente dificultosa interpretación del precepto clave en la determinación de la competencia de los nuevos juzgados especializados: el artículo 87 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)[3]. En tal contexto desarrollé mi teoría sobre la independencia de la posición jurídica del segundo orden del victimario, con la única condición de que la infracción criminal supuestamente cometida contra tales víctimas, y de entre las infracciones criminales contenidas en dicho apartado a) del artículo 87 ter.1 de la LOPJ, pudiera calificarse, *también*, a su vez, como un genuino acto de violencia de género.

Ínterin iba dando forma a los distintos capítulos de mi nuevo trabajo, sumido en la confianza de estar abordando cuestiones que no precisaban de una especial atención jurídica, y más en un contexto de cierta coincidencia con mis posiciones iniciales entre los profesionales del Derecho con los que coincidía, fui testigo de cómo se estaba abriendo camino una línea interpretativa, con origen inicialmente en la Fiscalía General del Estado, en concreto su Circular 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante CFGE 4/2005), acompañada por todo un cortejo de opiniones doctrinales de fuentes tan autorizadas como fueran

1. «Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia (aspectos procesales y competenciales)» en *La reforma penal y violencia doméstica* (Córdoba 17 de junio de 2005).

2. *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, 1.ª edición, Barcelona, enero de 2006.

3. «Artículo 87 ter.

1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.»

Castillejo Manzanares[4] y Sánchez Melgar[5]. Tal dirección doctrinal veía al listado de descendientes y allegados como auténticas *víctimas secundarias o de segundo grado*, dependientes de la existencia de lo que se definía, en términos generales y con sus lógicas matizaciones, como un previo o coetáneo acto de violencia sobre la mujer, de género, estableciendo para ello una llamada, norma de remisión, al concepto de violencia de género en que se cimentaba todo el edificio jurídico de la Ley de nuevo cuño (parágrafos 1.º y 3.º de la LOMPVG[6]).

En contra de todas mis previsiones, tal evolución ha llegado al punto de convertirse en la línea dominante, alcanzando tales niveles de consenso que prácticamente ha dejado de ser objeto de debate tal interpretación, y descargando el centro de gravedad de la polémica doctrinal hacia las consecuencias jurídicas que se derivan de la comprensión, entendimiento, de la definición de lo que serían las víctimas directas, solamente las mujeres ligadas con vínculos de afectividad de entre los definidos en la norma atributiva de la competencia de los órganos especializados, frente a lo que serían víctimas secundarias, dependientes de aquéllas, el resto del victimario[7]. Realmente se da un paso importante, pero tal doctrina se muestra incapaz de desarrollar un esquema jurídico procesal que dé respuesta hasta sus últimas consecuencias a los complejos interrogantes que deja en el aire: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de esa relación de subsidiariedad?; ¿estaríamos hablando de una novedosa atribución por conexidad, una a modo de competencia por atracción del antecedente de violencia de género, o un género innominado?; ¿habría de equipararse el acto de violencia de género con una infracción criminal, delictual o venial, o podría plantearse la posibilidad de que, sin existir tal, sirviera de base una situación de dominio como las descritas en el artículo 1.1 de la LOMPIVG no constitutiva de infracción criminal alguna?; ¿podrían servir como antecedentes hechos objetivamente calificables como constitutivos de actos de violencia de género que se reputaran acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LOMPIVG?; de exigirse la previa o simultánea existencia de infracción criminal relacionable con la violencia de género, ¿determinaría la perpetuación de la competencia en favor del órgano especializado, o podría ésta variar en función de la suerte que corriera el precedente, en concreto en el supuesto de sentencia absolutoria o sobreseimiento de las actuaciones, y en caso de condena, extinción de la responsabilidad criminal, por cumplimiento, prescripción de la pena,...?; ¿la existencia de un precedente respecto de determinada mujer alcanzaría sólo a descendientes o allegados del presunto agresor relacionados con el núcleo convivencial constituido con ésta, o podría afectar a otras víctimas secundarias sin relación convivencial

4. Castillejo Manzanares, Raquel: «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 6290, jueves 7 de julio de 2005; www.laley.net.

5. Sánchez Melgar, Julián: «La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer», *Revista SEPIN, PE*, 16 julio-agosto de 2005 (ref. SP/DOCT/2564); www.sepin.es.

6. «Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. [...]

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.»

7. En lo sucesivo utilizaré los conceptos de víctima primaria y secundaria en tal sentido, no en el utilizado por la moderna ciencia de la victimología en relación a la concepción de la víctima ante su enfrentamiento al delito (victimización primaria), y tras la judicialización del conflicto (victimización secundaria). Hablaré de *víctima primaria* para referirme a la que aparece en primer lugar (esposa o convivente,...), y *víctima secundaria* a la que aparece posteriormente en el precepto (hijos, descendientes,...).

presente o pasada o relacionadas con un núcleo convivencial independiente?; ¿cualquiera de los tipos relacionados en el artículo 87 ter.1.a) de la LOMPIVG, referido a víctima primaria sería, *per se*, un genuino acto de violencia de género definidor de la competencia objetiva de los órganos especializados?...

Aunque solamente sea *por alusiones*, o por defender mi honorabilidad científica, he creído indispensable reafirmar la consistencia jurídica de la opinión que defiendo sobre tal particular, insistiendo en los argumentos ya consolidados en mi referida obra, a su vez que aportando nuevas razones, en el convencimiento y esperanza de demostrar que no todo está dicho, y de que al menos la tesis que defiendo se basa en sólidos fundamentos capaces al menos de poner en tela de juicio la opinión mayoritaria, casi *oficialista*. Aprovecharé sin embargo la oportunidad que me brinda tan apasionante tema objeto de análisis para tratar de dar una respuesta a parte de los interrogantes que plantea tal dirección mayoritaria; pero no como claudicación, sino ante la convicción de que costará mucho hacer variar tan férrea posición inicial, y ante la incapacidad de ésta de no ir más allá del establecimiento de principios e interpretaciones que favorecen la tendencia a reducir al máximo posible la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, motivada posiblemente por una loable intención de aliviar la durísima carga de trabajo que desde un principio se preveía que iba a colapsar la raquítica planta judicial inicial de órganos especializados.

II. LA POSICIÓN DOMINANTE: EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA POR INFRACCIONES CRIMINALES COMETIDAS SOBRE MENORES Y ALLEGADOS POR RAZÓN DEL «PRECEDENTE» DE ACTO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Como bien es sabido por todos, la inclusión dentro de los sujetos pasivos que determinaban la competencia objetiva en materia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de las que hemos denominado víctimas secundarias, fue una novedad que no apareció en el texto legal sino en el Proyecto de Ley, una vez que superó el paso por el Consejo de Estado y Consejo General del Poder Judicial, y fruto de una constante presión de los restantes grupos políticos con implantación parlamentaria, grupos de presión y opiniones canalizadas por los medios de comunicación. El Gobierno, como precursor de la filosofía de la norma, había pretendido llevar hasta sus últimas consecuencias el principio del favorecimiento exclusivo de las mujeres víctimas de la violencia de género a través de técnicas de discriminación positivas, buscando dar una respuesta concreta y específica a una problemática específica; pero no fue capaz de mantener una postura inamovible en su singladura parlamentaria.

Para dar respuesta a tal clamor social de no excluir de los beneficios del tratamiento de una jurisdicción especializada a los hijos, descendientes y demás personas dependientes del núcleo convivencial entendido en un sentido extenso, la iniciativa gubernamental previó la inserción de una cláusula a la vez tan esperanzadora como enigmática, adicionando el precepto no sólo con la referencia a quiénes serían tales víctimas de segundo grado, sino con una confusa proposición normativa que adjetivaba al enunciado principal: «... cuando también se haya producido un acto de violencia sobre la mujer»; siendo sustituida la voz *violencia sobre la mujer*, por la de *violencia de género* en el transcurso del debate parlamentario en el Congreso de los Diputados. Se justificaba tal adición en la Exposición de Motivos de

la LOMPIVG, apartado II *in fine*, tras calificar a dichas víctimas secundarias tanto como *víctimas directas*, es decir, sujetos pasivos del delito, como *víctimas indirectas*, como personas que padecen un perjuicio moral, psicológico, afectivo, ..., como consecuencia de un acto delictivo cometido contra la mujer de la que dependen, con las siguientes palabras: «La ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer».

Fue en este contexto donde se generó la línea interpretativa tendente a hacer depender la cualidad subjetiva de las víctimas secundarias para ser sometidas a la jurisdicción especializada a la preexistencia de, o coincidencia con, un acto de violencia de género, entendido como infracción criminal de entre las definidas en el tan citado artículo 87 ter.1 de la LOPJ. Dedicaremos los dos siguientes apartados a enunciar tales teorías, dejando la crítica a sus planteamientos como parte de la tesis que defiendo.

II.1. Soluciones aportadas por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial

El arranque de la posición mayoritaria tiene como hito, punto de arranque indiscutible, la publicación de la CFGE 4/2005. Tal doctrina parte, como ya hemos anticipado, de la exigencia de la previa existencia de un acto de violencia de género, sobre la mujer, que sirviera de antecedente o actuara simultáneamente con la comisión de infracciones criminales dirigidas al resto de los sujetos pasivos. La primera atraería la competencia de la jurisdicción especializada; la contextualización de las demás justificaría la atracción de las causas con tales sujetos pasivos, siempre con la exigencia de un mínimo grado de vinculación entre unas y otras; algo así como que todas las agresiones a miembros integrantes del victimario pudieran relacionarse entre sí en una especie de actuación o estrategia criminal global del presunto agresor. En opinión de la mencionada Circular: «... las agresiones contra los descendientes, menores e incapaces serán competencia del Juzgado de Instrucción ordinario si constituyen actos aislados y del Juzgado de Violencia sobre la Mujer si van unidas a actos de violencia de género».

Se establece un principio de necesaria vinculación de las infracciones cometidas contra las víctimas secundarias con *actos de violencia de género previos o simultáneos*. Pero la opinión de tan prestigiosa institución no piensa en el precedente que fuera clave en la determinación de la atribución competencial en el sistema diseñado en materia de violencia doméstica por el Consejo General del Poder Judicial[8], sino en una a modo de relación de conexidad, más bien *contextualidad*, en relación con la situación de violencia de género[9]. No se llega a referir

8. Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre normas de reparto y registro informático de violencia doméstica (BOE núm. 90, de 15 de abril de 2003). Realizo un profundo análisis de la referida Instrucción, así como de las consecuencias de su convivencia con la LOMPIVG en mi mencionado trabajo *Juzgado de Violencia...*, *op. cit.*, pp. 124 a 129, entre otras.

9. «Vinculación que será puesta de manifiesto por las circunstancias de todo tipo que concurran en el caso concreto, y no sólo por la unidad de acto, ya que en situaciones de violencia habitual, bastará con que los actos dirigidos contra menores, etc., se enmarquen en el contexto de maltrato contra la mujer, aunque no coincidan en el tiempo, siempre que se mantengan dentro del marco temporal al que se circunscribe la situación de violencia de género». [VI.A.1.b).(1)].

expresamente que el acto de violencia de género del que se hace depender la competencia para el conocimiento de asuntos penales por infracciones criminales contra víctimas secundarias deba ser un delito, pero se sobreentiende cuando se habla de maltrato habitual, o cuando se hace una interpretación restrictiva de los tipos penales contenidos en el apartado b) del comentado precepto[10]. Aun así, el intérprete de la norma es incapaz de afirmar de forma taxativa que acto de violencia de género pueda equipararse a delito contra mujer por parte de hombre con quien tenga o haya tenido vínculos uxoriales o parauxoriales; lo cual tendrá su trascendencia en pos de la tesis que defiendo.

Dicha contextualización se llega a equiparar prácticamente con la conexidad por analogía cuando de episodios aislados se refiere, siendo la unidad de acto, la comisión de infracciones criminales contra mujer y descendientes en un mismo episodio o unidad temporal, solamente un criterio definidor de tal principio de atracción de la competencia; criterio que convive con otros, tales como la unidad de propósito o designio criminal, o la relación causa-consecuencia entre una y otra infracción criminales, entre otros. En tales circunstancias, rota la relación entre el acto de violencia de género y la infracción criminal contra víctima secundaria, las restantes infracciones criminales que tuvieran por sujeto pasivo al presunto agresor y víctima secundaria, como no fuera que tuvieran una clara relación de conexidad subjetiva con el hecho anterior, perdería el tratamiento jurídico especializado.

El contexto de una relación de maltrato habitual sería el único que permitiría, al menos en tanto en cuanto tal situación permaneciera en el tiempo, la atracción de conocimiento de causas por infracciones cometidas contra menores y demás personas dependientes. Las dimensiones contextual y temporal se extienden al ver el fenómeno del maltrato o violencia habitual como un estado, una situación que progresa o se mantiene en el tiempo, no como una sucesión de actos concretos[11]; pero en todo caso ha de poderse establecer una relación entre esa situación de poder ilícita que se impone a la esposa o convivente y la concreta infracción criminal que se imputa al hombre, si es que la misma acción con sujeto pasivo víctima secundaria no puede considerarse en sí una situación global de maltrato penada como tal por el artículo 173.2 del Código Penal.

El siguiente hito vendría representado por la publicación de la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de la autoría del Observatorio contra la violencia doméstica y de género (fuente: www.poderjudical.es). El Observatorio contra la violencia doméstica y de género prefiere hablar de *ámbito añadido* para definir la inserción de las víctimas secundarias dentro del victimario definidor de la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer[12]; pero en momento alguno entra a exteriorizar la razón o razones de por qué interpreta la

10. Se considera que la competencia del órgano especializado para la instrucción de causas por delitos contra los derechos y deberes familiares requiere de la preexistencia o concurrencia de un acto de violencia de género, al estimar que cuando la norma dice «... cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior», quiere decir que se trate de víctima primaria que haya sido sujeto pasivo de un previo acto de violencia de género, o secundaria, respecto de la que preexista o concurra un hecho tal.

11. Sobre tal visión del maltrato habitual como un estado, situación de permanencia, bastaría con adentrarnos en la decidida línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, que ha tenido como uno de sus más recientes y brillantes exponentes la STS 606/2005, de 11 de mayo.

12. *Ámbito añadido* frente a *ámbito propio*; correspondiendo este último concepto a las que hemos denominado víctimas primarias; pp. 58 y 59.

norma como lo hace, aunque tal vez parta de lo que considera obvio, así como del precedente de la anterior posición de la Fiscalía General del Estado.

A partir de tal premisa desarrolla su esquema de atribución competencial en lo que es una verdadera noción de *precedente*, prácticamente análoga a la utilizada en la calendada Instrucción 3/2003, en el sentido de considerar que la atracción de la competencia para el conocimiento de causas criminales en que el sujeto pasivo fuera una víctima secundaria se haría depender no de la existencia de una unidad de acto, es decir, auténtica conexidad subjetiva o pluriofensividad, sino de la existencia de un precedente de acto violento sobre víctima primaria sin limitación temporal[13]. De este modo se entendía que la extensión del ámbito tuitivo de los órganos especializados abarcaría a los menores que se encuentran dentro de un entorno familiar caracterizado por una situación de violencia de género, y a su vez contribuiría a «... garantizar la efectividad de la protección de la propia mujer».

De nuevo se deja sin resolver la cuestión sobre si el precedente debe entenderse como un delito *de género* o basta una situación, estado o contexto, de dominio del hombre sobre la mujer proscrito por el artículo 1.1 de la LOMPIVG, para que el precedente pueda considerarse existente; no obstante se vuelve a sobreentender, al menos aparentemente, que el acto violento sobre la mujer podría equipararse a cualquier infracción criminal cometida en un contexto de género. Tampoco se dice nada sobre la existencia de un posterior acto violento para la atracción de la competencia respecto de infracciones cometidas contra menores u otras personas dependientes de las que conociera inicialmente la jurisdicción ordinaria.

Las conclusiones del II Seminario de Formación de Jueces de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas, auspiciado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Santander los días 20 y 21 de octubre de 2005[14], siguen, como criterio mayoritario, la asunción de la interpretación mantenida por la Guía Práctica, aunque fundando su posición en la remisión a la justificación contenida en la Exposición de Motivos de la LOMPIVG antes citada, de la que extraen la conclusión de que no se trataba de una simple norma de conexidad, un *no dividir la continencia de la causa*, sino de la consideración de tal extensión como un instrumento más de la protección integral de la mujer a través de la protección de sus hijos. En cualquier caso se recomienda de forma recalcada la necesidad de reformar el precepto «... para despejar todas las dudas interpretativas e incluir algún tipo de límite temporal».

Por último, el Seminario de formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial celebrado en Madrid entre los días 30 de noviembre y 2 de diciembre de 2005, publicó un trabajo, a modo de conclusiones, denominado: «Criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género». En él se establece un criterio propio, cercano a la visión reduccionista desdeñada por el Observatorio de violencia doméstica y de género. El supuesto de la unidad de acto se acepta, pero el precedente queda limitado extraordinariamente, desde el momento en que será indispensable que exista una causa criminal en fase de instrucción contra la madre

13. Tal interpretación extensiva «... alcanzaría a todos los hijos de víctimas siempre que hubiese existido algún precedente de acto violento sobre la mujer sin limitación temporal».

14. Fuente: www.poderjudical.es.

o guardadora, antes del dictado de auto de conclusión del sumario o de apertura del juicio oral, para que se permita la atracción de la competencia, que siempre debería entenderse, considero, según tal opinión, ligada con vínculos de conexidad tales que permitieran su tramitación conjunta.

Considera tal criterio coincidente que «... el adverbio también que consta en el apartado 1.º exige la unidad de acto aunque sea procedimental, de tal manera que si se tramita por juicio rápido la comisión de un delito de violencia de género contra la mujer prácticamente no podría acumularse la agresión al menor, salvo que, como se ha expuesto, no se haya dictado auto de apertura del juicio oral». Por tanto, según esta opinión, la inserción del adverbio también en el comentado parágrafo arrastrará a la necesaria unidad de acto o procedimental para la asunción del conocimiento de causas en los que los sujetos pasivos sean víctimas secundarias por parte de los órganos especializados; no existe antecedente ni contexto, sino una conexidad pura que dejaría prácticamente sin sentido la proposición normativa. En esta línea interpretativa, sin embargo, la consideración del acto de violencia de género como delito es incuestionable, pues es la acumulación a la instrucción de una causa por delito de violencia de género, lo que se pretende que propone, en cuanto a las víctimas secundarias, el último inciso del artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ.

Como se ve, la dispersión de interpretaciones más o menos oficiales, no puede ser más evidente, y no llegará a crear sino graves conflictos atribucionales acreedores de una deseada pronta respuesta del criterio unificador del Tribunal Supremo, si no de una inmediata reforma legal que rompa definitivamente la incertidumbre jurídica que puede llegar a provocar tan defectuosa redacción de la norma de delimitación de competencias de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

II.2. La línea doctrinal mayoritaria

La Doctrina científica, pese a alinearse de forma decidida por el carácter subsidiario, dependiente, de las víctimas secundarias para determinar la atribución de competencia en materia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, ha padecido un claro proceso de atomización, dispersión argumentativa, a la hora de aportar razones para justificar la interpretación normativa que proponen y las consecuencias jurídicas que de tal tesis se derivan; aunque eso sí, con el denominador común de una cierta empatía, o al menos colusión o acercamiento, a la poderosa fuerza de atracción de la opinión desarrollada por la CFGE 4/2005. Haremos un breve comentario a las posiciones doctrinales que han destacado en tan corto espacio de tiempo.

Sánchez Melgar[15], coincidiendo con la opinión desarrollada por la Fiscalía General del Estado, parte de la consideración de la previa existencia de un acto de violencia de género, que ha de entenderse sobre la mujer, y que abarcaría a todos los personajes relacionados con el victimario. Sin embargo, y ésta es la principal novedad de su tesis, deduce del propio enunciado literal del precepto comentado que la cualidad de acto de violencia de género que ha de caracterizar a ese acto previo o simultáneo se expande a los delitos cometidos

15. Sánchez Melgar, Julián: *La competencia objetiva, ..., op. cit.*

contra la víctima primaria, de modo que la perspectiva de género debe presidir la comisión de los delitos cometidos contra la víctima primaria[16]. Concibe al Juzgado de Violencia sobre la Mujer no como un *juzgado de familia penal*, sino como un órgano jurisdiccional que nace con vocación de proteger, y en su caso depurar, las responsabilidades penales que se produzcan contra la mujer por parte de su esposo o pareja (varón). Concibe por último la existencia del acto de violencia de género, que equipara implícitamente a un delito contra la mujer caracterizado por la presencia de esa finalidad de dominación que define la genuina situación de violencia de género, como un acto previo o simultáneo a la comisión de la infracción criminal contra descendientes o allegados; de este modo si el delito contra el menor, descendiente o incapaz es previo, la comisión posterior de un genuino acto de violencia de género constitutivo de infracción criminal jamás permitiría la atracción de la competencia a favor del órgano especializado.

Castillejo Manzanares[17] ve en la introducción de nuevos sujetos pasivos en el victimario una especie de simple extensión por conexidad, a modo de accesorio; ampliación que permitiría que el Juez de Violencia sobre la Mujer no perdiera su competencia por el hecho de que además de la mujer fueran sujetos pasivos sus hijos o descendientes y demás sujetos incluidos en la lista del artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ, dando sentido de este modo a la enigmática acepción del «... cuando también se haya producido un acto de violencia de género»; literalmente nos dirá la mencionada profesora: «De tal forma que aunque en la Ley 1/2004 se amplía la cobertura a los descendientes, sólo son competencia de estos Juzgados si la agresión se produce sobre los hijos cuando la mujer sea víctima al mismo tiempo, de forma que no es competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer para conocer de la denuncia, sino el Juzgado de guardia o el de Instrucción, cuando no haya sido víctima también la mujer»[18]. Se acerca la referida autora a la línea defendida en los criterios comunes adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género a que antes hemos hecho referencia. En similares términos se manifiesta igualmente Tena Franco[19], aunque hablando no ya de conexidad sino de *unidad de acto con un acto de violencia de género*.

Del Pozo Pérez[20] sigue en líneas generales los planteamientos mayoritarios; para ello describe lo que define como *maltrato previo a la mujer*, el cual activaría la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. El mérito de su discurso jurídico no reside, sin embargo, en la conclusión a la que llega, que simplemente se limita prácticamente a enunciar,

16. «... La interpretación unitaria a descendientes, menores e incapaces resulta de la dicción legal "delitos cometidos", con que se adjetiva primero a los correspondientes a la mujer, y los "cometidos" frente a los otro dos grupos siguientes». El alineamiento con la tesis defendida por la Fiscalía General del Estado ha encontrado su eco en Armenteros León (Armenteros León, Miguel: Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, *Diario La Ley*, núm. 6399, viernes 13 de enero de 2006; www.laley.net.

17. Castillejo Manzanares, Raquel: *Cuestiones que suscita la Ley ..., op. cit.*

18. La autora parece guiarse por el sentido del interesante discurso planteado por la ponencia y ulterior voto discrepante de Excma. Sra. doña Montserrat Comas d' Argemir i Cendra, quien no concibe otra interpretación de la voz *violencia de género* que la ejercida por los hombres sobre las mujeres, «... fruto de las relaciones de dominio y posesión que históricamente han ejercido aquéllos sobre éstas».

19. Tena Franco, Isabel: «La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico procesal penal español: La orden de protección; en la violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ-Escuela Judicial, Madrid, 2005, p. 210.

20. Del Pozo Pérez, Marta: «Algunos recelos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 6371, jueves 1 de diciembre de 2005; www.laley.net.

sino en la dura crítica que realiza a la que considera es la solución aportada por el legislador; plantea para ello interrogantes similares a los que hemos propuesto con anterioridad en cuanto respecta a la dimensión constitutiva y temporal del acto de violencia de género que produce el efecto de atracción de la competencia respecto de infracciones que tengan por sujetos pasivos a los menores o incapaces. En cualquier caso, y en cuanto respecta al problema de la dimensión temporal del concepto, se opone a cualquier interpretación que imponga la existencia de una unidad de acto entre el delito contra víctima primaria y el delito contra víctima secundaria, concluyendo que: «... no es necesario que ambos actos violentos hayan sucedido de manera simultánea».

Un cierto acercamiento a la línea que yo defiendo, aunque *a medio camino* entre ambas posiciones doctrinales, puede encontrarse en la tesis defendida recientemente por Senés Montilla[21]. Dicha autora huye expresamente del instituto de la conexidad para definir la atribución competencial respecto de delitos en que menores, descendientes o incapaces sean víctimas directas, prefiriendo hablar de «atribución competencial subordinada»; atribución competencial subordinada que habría de relacionarse con tal vínculo de subordinación a la concurrencia de un acto de violencia de género. Pero eso sí, rechaza contundentemente cualquier planteamiento que nos lleve a hablar de vínculos de conexión, precisamente por razón de establecer una interpretación conjunta con la norma específica de regulación de la competencia por conexidad (artículo 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Se acerca al criterio del precedente manejado por el Observatorio de violencia doméstica y de género, pero estableciendo una mayor disociación con el precedente, que sirve más bien de pretexto, pues llega a concluir que: «... La norma parece pensada con el propósito de residenciar ante el mismo Juzgado las agresiones que se produzcan en el entorno familiar».

Tal posición supone, como podemos comprobar, un cierto acercamiento a la línea interpretativa que defiendo; pero la autora va mucho más allá cuando analiza los tipos penales recogidos en el apartado b) del artículo 87 ter.1 de la LOPJ, respecto de los cuales, y contrariando de forma expresa la opinión mantenida por la CFGE 4/2005, llega a reconocer a los menores, descendientes y demás víctimas secundarias, una posición jurídica autónoma, no necesitada de la preexistencia de tal acto de violencia de género, ni respecto de la mujer, madre o guardadora, ni respecto de aquéllos. Se está reconociendo, por tanto, una clara quiebra al principio de subsidiariedad o dependencia respecto de la víctima secundaria preconizado por la posición doctrinal mayoritaria.

Un mayor acercamiento a la línea interpretativa que defiendo puede encontrarse en autores tales como Fernández Carballo-calero[22] y Cossío Arribas[23]. Ambos autores llegan a establecer un reducto competencial en el que las víctimas secundarias adquieren autonomía propia en su susceptibilidad de determinar la competencia de los órganos especializados, aunque reducen el círculo de personas a las favorecidas a su relación con los nuevos tipos

21. Senés Montilla, Carmen: «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *Diario La Ley*, núm. 6402, miércoles 18 de enero de 2006; www.laley.net.

22. Fernández Carballo-Calero, Ricardo: «Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004, de 20 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 6308, 16 de agosto de 2005; www.laley.net.

23. Cossío Arribas, Ignacio: «Análisis de las novedades penales y procesales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 679, 28 de julio de 2005, www.aranzadi.es.

de género, por la tipificación cualificada de la especial vulnerabilidad de la víctima. En todo caso, he de reconocer que el argumento en sí es vago, pues nada tendría que ver el hecho de que se hayan definido determinadas cualificaciones en concretos tipos penales asociados con el entorno de la violencia doméstica, con que tales hechos deban atribuirse a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer; la exigencia de un genuino acto de violencia de género, entendido como delito o falta cometido contra la persona de la víctima, no podría desvanecerse como criterio delimitador indispensable para establecer la competencia del órgano especializado por el solo hecho de que se cometiera determinado delito cualificado (artículos 148.5.º, 171.5 y 172.2.2 del Código Penal). Sin embargo, vuelve a incidir sobre la viabilidad jurídica de establecer cierto grado de autonomía de las víctimas secundarias frente a la mujer esposa o convivente.

III. POSICIÓN PERSONAL: INDEPENDENCIA DE LOS MENORES Y ALLEGADOS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, SIEMPRE QUE LA INFRACCIÓN CRIMINAL INVESTIGADA PUEDA CONSIDERARSE POR SÍ MISMA UN ACTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Buena parte de mi anterior trabajo (pp. 39-77) la dedico precisamente a desarrollar mi tesis sobre la cualidad subjetiva independiente de los menores y allegados del artículo 87 ter.1 de la LOPJ para determinar, en su condición de sujetos pasivos, la competencia exclusiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y lo hago en base a dos postulados o premisas esenciales: La exigencia de la caracterización de todos los delitos relacionados en el apartado a) del artículo 87 ter.1 de la LOPJ como actos de violencia de género para determinar, conjuntamente con la relación subjetiva víctima-agresor, la competencia de los órganos jurisdiccionales especializados y, en segundo lugar, la consideración de la cláusula final del mencionado apartado como una exigencia adicional que adjetiva igualmente a los delitos de entre los listados en el mencionado precepto, tengan por sujetos pasivos a las víctimas de primer o segundo grado.

III.1. Los delitos del artículo 87 ter.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la cláusula de producción de acto de violencia de género

Dentro del primero de los apartados referidos del artículo 87 ter.1 de la LOPJ se encuentra toda una lista de categorías delictuales que coinciden con títulos concretos del vigente Código Penal; el nuevo artículo 87 ter.1.a) habla de «... delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a...», listando seguidamente tales títulos. Sin embargo en los otros dos apartados desaparece tal referencia, lo que si bien podría tener un sentido claro en los delitos contra los derechos y deberes familiares, por razón de la plena objetivación o automatización de la determinación competencial, en el sentido de considerar que la imputación del concreto delito y la correlación entre agresor y víctima provocaría la competencia del órgano especializado para su instrucción, crea una difícil situación en lo referente a las faltas; planteando por mi parte una solución que pasaría por relacionar los diversos tipos veniales con los delitos de los que traen causa, de los que no son sino expresiones merecedoras

de un menor reproche punitivo[24], de suerte que las infracciones que se correspondieran con delitos contra los derechos y deberes familiares (*sic*, la falta del artículo 618.2, con las modalidades delictuales de los delitos contra los deberes y relaciones familiares, y la del artículo 619 como subsidiario del delito de sustracción de menores), sería siempre competencia de los órganos especializados, y el resto se haría depender de su caracterización o no como actos de violencia de género.

De ningún modo comparto las teorías que tratan de ver en la proposición «... cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior» una norma de remisión que va más allá de la mera identificación subjetiva de las víctimas, a las que enraíza con la relación entre víctima primaria y secundaria y la contextualización de su comisión con un acto de violencia de género. Tal argumento, a mi modesto entender, no representa sino una ambición desmedida por reducir el ámbito competencial de la jurisdicción especializada, y por ende descargarla de volumen de trabajo.

Si la interpretación literal de la proposición nos lleva irremisiblemente a concluir que lo que hace el legislador no es sino evitar una reiteración del largo enunciado del victimario, más fácil resulta rebatir tal teoría con sólo recordar que el apartado principia con la expresión «... por cualquier delito». Si el legislador no quiere dejar resquicio alguno a la duda sobre si algún delito de los contenidos en el Capítulo III del Título XII del Libro II del Código Penal pudiera quedar fuera del ámbito competencial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ¿cómo podemos sostener de forma tan categórica que el legislador, a renglón seguido, limita de forma tan dramática, sustancial, los delitos incluidos en tal lista? Le habría bastado al legislador con incluir tal capítulo en la relación de delitos contenidos en el apartado primero del artículo 87 ter.1 de la LOPJ, por lo que la separación no puede tener otro sentido que considerar que tales delitos serán de la competencia de la jurisdicción especializada *ministerio lege*, con la consecuencia que traería consigo, coincidiendo en este punto con la opinión mantenida por Senés Montilla, de que la extensión de la competencia a aquellos supuestos en que la madre o guardadora fuera como mucho simple perjudicada, y sujetos pasivos los hijos y descendientes, sería incuestionable.

La razón por la cual el legislador ha optado por desvincular tales tipos penales del matiz subjetivo de la caracterización del hecho punible como acto de violencia de género puede encontrarse en el aprovechamiento de la competencia para resolver las cuestiones civiles relacionadas con la crisis de las estructuras familiares sometidas a su tutela judicial, cerrando el círculo de toda la problemática jurídica que podrían acarrear. Efectivamente, una de las principales finalidades de la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer fue la de la unificación ante un mismo órgano jurisdiccional de todas las cuestiones de índole civil y penal relacionadas con el conflicto generado en el entorno de las uniones convivenciales o familiares[25]. Mediante la atribución de competencias de instrucción en materia de delitos relacionados con incidencias propias de la regulación de las consecuencias jurídicas de la ruptura del núcleo familiar se cierra todo el círculo de la tutela judicial de la víctima, dando

24. La tesis que mantengo se desarrolla en mi referido trabajo en sus pp. 77 a 79.

25. Así se puede apreciar con claridad de la lectura de la Exposición de Motivos de la LOMPIVG –párrafo 20.º del apartado III–, cuando al hilo de explicar la asunción por dichos Juzgados de sus competencias en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, justifica la aglutinación de tales competencias relacionadas «... de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede».

cumplimiento a la finalidad de unificación jurisdiccional, tratamiento integral del conflicto integrado dentro del contexto de la violencia de género, ante un solo órgano jurisdiccional. Los delitos contra los derechos y deberes familiares podrán no ser en sí generantes de una situación de violencia de género, y por tanto no aptos para dar paso a los mecanismos de protección y favorecimiento de la situación social, personal y jurídica de las víctimas, pero no por ello escaparán de la competencia para su conocimiento por órganos especializados.

Entrando ya en la cuestión sobre la idea de producción de un acto de violencia de género, la correlación con el artículo 1 de la LOMPIVG es indiscutible; en dicho precepto, y en su concordancia con el artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ es donde podemos encontrar la clave al enigma planteado por el legislador. El artículo 1 de la LOMPIVG trata de marcar en un principio la impronta que habrá de definir todo el conjunto de medidas, programas de actuación y estrategias que se desarrollan a lo largo de su extenso articulado, y lo hace, por una parte estableciendo en el primero de sus parágrafos cuál es su concreta finalidad («... actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia»), y en segundo lugar, definiendo en su parágrafo tercero cuál es el concepto auténtico de violencia de género, haciendo uso de una noción en términos meramente descriptivos («todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad»). Para lograr tales objetivos se establece una serie de medidas, que se definen como *de protección integral*, finalísticamente encaminadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha lacra social, así como lógicamente prestar asistencia a las víctimas.

El artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ, como sabemos, establece una clara llamada a tal concepto de violencia de género como elemento definidor de la competencia objetiva. La existencia de tal matiz de género en relación con los delitos con sujetos pasivos víctimas secundarias parece incuestionable, aunque podamos entrar a discutir si tal adjetivación se corresponde con el precedente respecto de mujer esposa o convivente, o gravita tan sólo en la órbita de aquél. La solución a la gran duda se encontrará en llegar a admitir, como veremos, que un solo adverbio (*también*), es capaz de generar todo un complejo desarrollo jurídico que da la solución a todas las dudas interpretativas que ha generado la lectura y aplicación del mencionado precepto. El legislador, a mi entender, que parte de una previa definición de lo que entiende por violencia de género, a la que asocia a una concreta finalidad de la norma de evitación de situaciones de dominio y poder del hombre sobre la mujer (o del hombre respecto de la relación de personas que de él o de mujer con él relacionada, dependen de una manera u otra), se ha cuidado de advertir que, al menos en este primer capítulo de supuestos de atribución competencial, los delitos relacionados en el artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ, el delito deberá llevar asociado este matiz diferenciador, que sin llegar a romper directamente la estructura del delito previamente tasado, exige la presencia de una concreta finalidad o móvil y el empleo de un mecanismo productor que en nuestro Ordenamiento Punitivo podría considerarse realmente como de *nuevo cuño*.

De este modo, la violencia de género, concebida como empleo en la comisión del delito de lo que se entiende por violencia física o psicológica, y que, por mandato de la propia norma de derecho positivo, se sobreentiende presente en las agresiones a la libertad sexual,

las amenazas, las coacciones y la privación arbitraria de libertad, se asocia a su vez con un específico ánimo o propósito tendencial: la manifestación de una situación de discriminación, desigualdad demostrativa de una inasumible posición de poder por parte del autor, hombre, frente a la víctima, en principio mujer, con la que tiene o ha tenido determinada relación de afectividad, en cuyo entorno puede llegar a crearse, si no se ha creado ya, tal situación de dependencia. *También* sería el nexo de unión, el puente que permite equiparar a unas y otras víctimas con una ilegítima y proscrita situación de dependencia respecto del autor hombre, esposo o convivente y/o progenitor o guardador, implicando a tales delitos con el matiz o el adjetivo de la perspectiva de género; matiz que podría responder tanto a una finalidad preventiva como de erradicación de tales situaciones[26].

Coincidiendo en este punto con la apreciación realizada al respecto por el Informe del CGPJ al anteproyecto de LOMPIVG, he de discrepar radicalmente de cualquier línea interpretativa que llegue a concebir la existencia de una equiparación entre los tipos relacionados en la lista del artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ con el concepto de violencia de género que determina la atribución competencial a los Juzgados especializados. La vocación y finalidad de la norma, tan claramente proclamada en el mismo punto de arranque de la LOMPIVG, y sobre todo el expreso llamamiento que se hace a ese concepto de violencia de género, suponen un inequívoco razonamiento en pro de la tesis que estamos defendiendo; como lo es la inclusión en la lista abierta de delitos que se cometan con empleo de violencia o intimidación, y a la vez la determinación de una serie de delitos que escapan de la noción misma de violencia de género, pese a incluirse, por mandato de la ley dentro de los delitos de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

La consideración de un determinado delito como genuino acto de violencia de género no encierra desde luego un elemento subjetivo del injusto, ni un dolo específico capaz de incidir en la configuración y esencia de los tipos penales relacionados en el artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ; se trata más bien de un componente anímico, ajeno a la definición del tipo antijurídico que dirige en última instancia la conducta del autor. A los efectos de determinar la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el delito incluido en la lista del artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ no será sino un presupuesto sobre el que realizar un juicio sobre la presencia en su comisión de tal forma de actuación y finalidad perseguida.

En resumen, como si de una estrategia de diseño parabólico se tratara, el legislador establece un difícil juego de definición de los tipos penales del artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ y faltas de su apartado c), en los que la cláusula de concurrencia de un acto de violencia de género, cuya comprensión nos viene dada por el artículo 1 de la LOMPIVG en sus parágrafos primero y tercero, adjetiva los delitos que se relacionan en el mismo para establecer una atribución competencial en beneficio de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Pero tal adjetivación no se equipara a una contextualización con un precedente de violencia de género, un *prius* cronológico, sino que ha de dominar la propia infracción criminal cuya atribución competencial se pretende, sea el sujeto pasivo una víctima primaria o secundaria.

26. La propia extensión de los delitos genuinos de violencia de género a situaciones de auténtica incipiencia en la desdeñable situación de dominio y discriminación (las amenazas leves o coacciones leves de los artículos 171.4 y 172.2 del Código Penal), es una clara demostración de la aplicación de criterios preventivos generales para atajar desde su raíz el germen de auténticas situaciones o estados de violencia de género.

Sería profundamente artificioso, y eso es lo que defienden las teorías mayoritarias, hacer descargar el peso del concepto de violencia de género en el precedente del delito de violencia sobre la mujer, dejando en el aire la naturaleza o tendencialidad que habría de presidir la infracción criminal con sujeto pasivo menor o allegado. La tesis que defiendo exige una comprometida reinterpretación del concepto violencia de género empleado en tan enigmática cláusula, pero la comprensión de su auténtico significado justifica el sacrificio. Si cualquiera de los delitos, de entre los descritos en el artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ, con sujetos pasivos víctimas secundarias, habría de pasar a ser de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer con tal que se hubiera producido un precedente de violencia de género, con más o menos relación con tal contexto, y no fuera predicable de aquel delito la exigencia de la presencia de tal elemento tendencial, toda vez que el mandato del último inciso del comentado apartado afectaría tan sólo a los delitos contra víctimas primarias, llegaríamos a los absurdos que se han tratado de evitar con la interpretación restrictiva de los delitos de género[27]. Me resisto a creer, una vez que hemos de coincidir en que la sola comisión de alguno de los delitos contenidos en el apartado a) del artículo 87 ter.1 de la LOPJ no puede considerarse acto de violencia de género, por poder exceder del concepto auténtico manejado por el artículo 1.3 de la LOMPIVG, que el legislador, al redactar dicha norma, ha distinguido entre delitos competencia de la jurisdicción especializada, en sus variantes de generantes o no de actos de violencia de género, o solamente estos últimos, con sujeto pasivo víctima primaria, y los mismos delitos, ajenos a la distinción, no precisados del mismo matiz de la intencionalidad de dominio y discriminación sobre personas dependientes del presunto agresor. Como ya hemos anticipado, el adverbio *también* es sinónimo de equiparación, conformidad, adhesión, no de adición, por lo que perfectamente podemos defender que tal exigencia es común a los delitos contra víctimas primarias y secundarias.

III.2. El principio de igualdad de tratamiento en las víctimas de la violencia de género, tanto primarias como secundarias

Si hemos defendido la extensión de la cláusula de producción de un acto de violencia de género a los delitos cometidos contra descendientes y demás personas dependientes descritas en el segundo inciso del artículo 87 ter.1.a), el camino está abonado para llegar a la conclusión de la tesis que estoy desarrollando. Pero no obstante, existen argumentos que tanto conjuntamente con el anterior, como por sí solos, aportan razones igualmente poderosas y convincentes, al menos a mi modesto entender, tanto para desdecir de forma contundente la posición mayoritaria, como para ahondar aún más en la razonabilidad de mi discurso. Analizaremos separadamente, tales argumentos.

A) El argumento histórico: razón de ser de la adición de las víctimas secundarias

Como ya hemos anticipado, la razón de ser última que movió al legislador a introducir a los menores, allegados y, en general, personas dependientes de determinado núcleo convivencial, fue la de que éstos no quedaran a las puertas de un sistema de protección integral que se preveía supondría un gran paso adelante en la erradicación de la lacra social de la

27. Vgr.: El homicidio imprudente de un menor al conducir ebrio el padre cuando lleva al hijo común, tras ejercer su derecho de visita, de vuelta al domicilio de la madre víctima de violencia de género; o la muerte del menor por una imprudencia al operarle de apendicitis, habiendo antecedente de violencia de género.

violencia sobre las mujeres. Tal precedente aporta un criterio de exégesis contextual en relación con el tiempo del debate parlamentario de la norma (artículo 3.1 del Código Civil), que ha de ser enarbolado como baldón infranqueable frente a cualquier línea interpretativa reduccionista que trate de limitar en la medida de lo posible el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. El clamor social, y la opinión de grupos de presión y mediáticos y opiniones autorizadas de profesionales y estudiosos del Derecho, no iba de la mano de relacionar el fenómeno de la violencia de género con infracciones contra menores o incapaces más o menos conexas a tal concreta realidad que sufriera determinada mujer, sino a extender el ámbito protector de la novedosa legislación a menores e incapaces, de quienes se tenía plena conciencia de que, aun teniendo un menor peso estadístico en las cifras negras de la violencia doméstica, se hacían merecedoras de un tratamiento similar, máxime cuando se trataba de personas que por razón de su inmadurez y dependencia absoluta de sus progenitores, eran aún más vulnerables a situaciones de dominio y discriminación por parte de sus padres o guardadores.

El legislador trata de evitar a toda costa el peregrinar de jurisdicciones; lo dice bien claro su Exposición de Motivos. Pero no fue su único objetivo aprovechar la pendencia de causas respecto de la madre o guardadora, o el precedente de hechos anteriores, según la posición doctrinal que se adopte, sino extender su ámbito de protección, al menos penal[28], a unas víctimas que eran tanto o más vulnerables que el perfil de la mujer víctima de la violencia de género, a quien solían acompañar en el submundo de dominación machista que caracteriza a una parte no precisamente despreciable de nuestra sociedad. Hacer depender de la existencia de un precedente de violencia sobre la mujer la competencia para conocer de delitos contra víctimas secundarias del mismo entramado familiar, y por tanto derivar a los órganos de instrucción ordinarios su conocimiento, suponía, de principio, la dispersión de órganos competentes entre Juzgados de Familia, de Instrucción y de Violencia sobre la Mujer, cuando el primer hecho desvelado era la agresión a un menor; situación que no se corregiría con el posterior inicio de causas penales por delitos con víctima de primer orden.

Ya de por sí tal interpretación suponía un claro contratiempo, pues si los actos de dominación y de imposición discriminatoria de poder, suelen afectar por igual a mujeres e hijos, aunque con las matizaciones lógicas derivadas de la naturaleza de la relación afectiva, del orden de exteriorización, judicialización de conflictos, se haría depender que el órgano especializado conociera de todas o parte de las expresiones de lo que no sería sino una misma realidad. La compartición de la cualidad subjetiva de víctimas, sin distinción en primarias y secundarias, y su común dependencia a la caracterización de la infracción criminal como acto de violencia de género, conforme al entendimiento de tal concepto jurídico por su remisión al artículo 1 de la LOMPIVG, haría que este problema simplemente desapareciera; haciéndose descender la cuestión de la conexidad o de la relación de antecedente al lugar de donde no debía haber salido nunca, la relación entre órganos especializados de diferente demarcación territorial, o la pluralidad de órganos dentro de un mismo Partido Judicial.

28. En mi trabajo hago alusión en varias ocasiones a las dificultades jurídicas de extender al menos la mayor parte de las medidas sociales y asistenciales, pensadas, en un contexto de legítima discriminación positiva, para el perfil de mujer maltratada, a sus hijos y allegados, sobre todo si además son del sexo masculino.

Por último, merece la pena igualmente destacar la evolución del periplo parlamentario del precepto comentado, que sustituye la voz violencia sobre la mujer por la de *violencia de género*, y ello frente a un precedente en el Anteproyecto que, no reconociendo más víctimas que a las mujeres que mantuviesen o hubieran mantenido con el presunto hombre agresor una relación de afectividad conyugal o paraconyugal, no imponía ningún requisito de caracterización de acto de violencia de género, y ello aunque se diferenciaba igualmente del catálogo de delitos contra los derechos y deberes familiares, en un contexto en el que la razón de ser de la diferenciación habría de encontrarse no en la presencia de tal perspectiva de género, sino en el hecho de que en este segundo grupo no se exigía que la víctima fuera, siempre y en todo caso, una mujer. Se desnaturaliza la cláusula final del tan comentado apartado; y su razón de ser no puede encontrarse en una mera cláusula de estilo[29], sino en una adaptación a lo que pretendía regularse.

B) El análisis sintáctico y semántico de la proposición normativa

Las tesis mayoritarias ven en el adverbio *también* la razón de entender que la presencia del acto de violencia, que prefieren tildar no de género, sino sobre la mujer, es un plus, una exigencia adicional a la comisión de un delito contra menores o allegados dependientes; y es aquí, en la médula de su premisa mayor, donde a mi juicio yerran de forma clara. Desde el punto de vista semántico encontramos, efectivamente, un importante balón de oxígeno que da aliento a mi todavía solitaria teoría. Según el Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española de la Lengua, 21.ª edición, el adverbio *también* (de *tan* y *bien*), «... se usa para afirmar la igualdad, semejanza, conformidad o relación con una cosa con otra ya nombrada». Si el legislador hubiera querido exigir que cuando se tratara de delitos contra víctimas secundarias fuera precisa, además la presencia, previa o simultánea de un precedente, una situación de violencia de género entendida como delito cometido contra mujer víctima primaria, le habría bastado con emplear el adverbio *además*. Nada impedía al legislador haber utilizado una relación más clarificadora, separando a estos sujetos pasivos *de segundo grado* en su tratamiento, de suerte que pudiera enfatizarse la pretendida dependencia de la previa o simultánea existencia de un acto de violencia de género contra la mujer víctima primaria; podía igualmente haber empleado términos más explícitos, simplemente adicionando a la proposición final una referencia a la mujer como víctima de esa prístina o principal acción criminal constitutiva en sí de un acto de violencia de género («... respecto de aquélla»; «...respecto de la mujer con la que mantenga o haya mantenido alguna relación sentimental de entre las definidas en este apartado» o más sencillamente, «... cuando previa o simultáneamente a la comisión del delito se hubiera cometido una infracción ...»).

Desde el punto de vista sintáctico, el empleo del adverbio también evocaría igualmente a un posicionamiento de igualdad entre dos proposiciones que se compenetran en un requisito común, aún más reforzado cuando la inserción de las víctimas secundarias se hace en una condición de adición (*así como*). Ambas modalidades de víctimas, que comparten el elenco de tipos penales, confluirían en un requisito común (*también*), la caracterización del hecho punible objeto de investigación como acto de violencia de género. El tratamiento diverso habría respondido a una solución tan sencilla como es la de tratar a estas víctimas secundarias en un apartado

29. La ley perdió el título de «Ley Orgánica de protección integral contra la violencia ejercida sobre la mujer», para pasar a tener su actual denominación.

distinto, y en última instancia, respetando la estructura de la norma, utilizando un adverbio o expresión que dejara patente la necesidad de que estas segundas modalidades delictivas con víctima secundaria estuvieran relacionadas con el precedente de violencia de género.

Extendiendo el análisis sintáctico a los apartados siguientes del parágrafo primero del mismo precepto, es fácil destacar que la norma de remisión no tiene más alcance que la definición subjetiva del victimario (*personas señaladas como tales*), desde el momento que se desnuda de todo calificativo a tales sujetos, aunque se emplee una fórmula redundante. Desaparecería la referencia a la existencia del acto de violencia de género, al no ser atributo exigible, y no por razón de la forzada interpretación de que se está hablando de víctima adicionada de esa previa presencia de acto de violencia de género que ahora sí definiría el delito cometido contra víctima primaria. La remisión lo es tan sólo para no reiterar la larga relación de víctimas, una simple cláusula de estilo.

C) El argumento lógico contextual

Si ya hemos anticipado el alcance del examen sintáctico de las distintas proposiciones normativas que se despliegan en el complicado, farragoso e impreciso artículo 87 ter.1 de la LOPJ, comprenderemos que el estudio lógico contextual de la norma ha de llevarnos a similares derroteros. Si la distinción entre los delitos del primer apartado y los del segundo carece de lógica si asumimos la línea mayoritaria, pues habría bastado con dedicar un solo parágrafo, en el que estarían todos los delitos, y si se quiere, por elementales razones metodológicas, dedicarle un segundo apartado a las faltas, con la tesis que ahora defendemos tendría una explicación e interpretación incuestionables.

No puede defenderse que la referencia subjetiva lo sea en bloque, en el sentido de trasladar el apartado primero del artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ íntegro al contenido normativo del apartado b), de suerte que ahora la presencia del acto de violencia de género se imponga como precedente de los delitos contra los derechos y deberes familiares, sea la víctima la mujer o cualquiera de sus descendientes. La diferenciación, que trae causa directa de la redacción originaria del precepto en su anteproyecto, como ya hemos anticipado, trata de diferenciar lo que son los genuinos *delitos de género* frente a unas modalidades delictivas que nos acercan a la idea inicial de la jurisdicción unificada de familia en concretos contextos de situación de violencia de género, cual fuera la idea inicial de la iniciativa legislativa del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados: la Proposición de Ley 122/000163 (BOCG, Serie B, de 21 de diciembre de 2001), anticipando la idea de la creación de los que se denominaban los *Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares*[30]. Si se estaban prodigando corrientes de opinión a nivel doctrinal e incluso oficial[31] que relacionaban dichos tipos pe-

30. Artículo 2 de la Proposición de Ley: «Los Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares tendrán competencia para resolver todas las cuestiones que se susciten en materia de derecho de la persona y derecho de familia. Se considerarán comprendidos en este ámbito quienes sean o hayan sido cónyuges o estén o hayan estado ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, o hayan mantenido una relación afectiva de pareja, así como los hijos propios del cónyuge convivente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de una u otra de dichas personas».

31. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LOMPIVG la estadística judicial sobre violencia de género incluía a delitos contra derechos y deberes en las relaciones familiares, aunque no hubiera existido un precedente de violencia de género, habiéndose oído voces no precisamente desautorizadas que veían, sin excepción, en el impago de prestaciones económicas relacionadas con crisis matrimoniales del artículo 227 del Código Penal, un incontestable acto de violencia de género, una forma de discriminación e imposición machista sobre la mujer dependiente económicamente de su esposo o pareja.

nales con la violencia de género, y el legislador apuntaba en su Exposición de Motivos la necesidad de unificar la atención a la víctima de la violencia de género ante un solo órgano jurisdiccional, la explicación de la inserción del capítulo del Código Penal, de forma objetiva, fuera de la exigencia de la previa existencia de una situación de violencia de género, cobraría pleno sentido.

La separación obedece, como ocurriera en la redacción inicial del precepto, a la necesidad de dar un trato diverso a unos delitos y otros; en la redacción originaria porque no se imponía que la víctima fuera la única que admitía el texto originario, la mujer, dando entrada a menores y demás personas dependientes del núcleo familiar; y en la redacción evolucionada, una vez admitida la presencia de menores como sujetos pasivos indiscutibles, para desgajar estos tipos de cualquier referencia a la presencia de un genuino acto de violencia de género que les sirviera de precedente o inspirador de la comisión de la infracción criminal. Si la norma daba independencia a estos tipos penales, ya de momento estaríamos admitiendo que al menos en estos tipos penales no precisados de un contexto de violencia de género, tales sujetos podrían adquirir la cualidad de víctimas directas, susceptibles de generar la competencia objetiva de los órganos especializados; quebraría de forma estrepitosa la doctrina mayoritaria. Pero la misma independencia haría perder fuerza al auténtico dogma de la victimización a título preferente o previo, tan sólo de la mujer; si ya la mujer no es indispensable que aparezca en el círculo delictual propio de la jurisdicción especializada, tal circunstancia no podría convertirse en óbice para desarrollar una interpretación favorable a la tesis que estamos defendiendo; menores y demás personas dependientes podrían ser considerados, de forma independiente, como víctimas de la violencia de género, sin que ello provocara ninguna conmoción jurídica.

La extensión del victimario a descendientes propios del agresor o que con él convivan pone igualmente en serios apuros a las doctrinas exigentes del precedente de violencia sobre la mujer. La norma en ningún momento impone de forma taxativa tal relación, no ya con un precedente, sino con un concreto precedente que abrace al contexto nuclear familiar en que hubiera de desenvolverse, y sin embargo esa *conexidad familiar*, bien respecto de una unidad familiar en cuya cúspide se encuentren agresor y víctima, bien solamente la víctima, resulta indispensable para concebir la necesaria antecesión o coincidencia de un acto de violencia de género contra la mujer víctima de primer grado. Si se impone la línea doctrinal dominante se excluiría ya cualquier intención de someter a la disciplina del Juzgado de Violencia sobre la Mujer a las familias monoparentales en las que el único progenitor fuera el padre.

Pero es que realmente, también tal argumento daría una pobre respuesta al supuesto de familia sólo de la víctima, cuando la convivencia con el presunto agresor ha desaparecido y la relación con la descendencia propia de la víctima nunca ha existido. Tal línea mayoritaria exige un agotador esfuerzo interpretativo, estirando al máximo las posibilidades de exégesis de la norma, para trabajar prácticamente a nivel subliminal; ahora resultará que donde se dice descendientes del agresor se entenderá los que tengan convivencia con la mujer, o sin tenerla, el ilícito penal tenga que ver con la agresión dirigida contra la víctima, y que si son descendientes de la mujer y no del agresor, bastará con aquella cualidad; ¿realmente se puede diseccionar tanto un precepto para lograr dar una explicación lógica, concordada con una premisa mayor que se tambalea desde sus cimientos? Sin embargo, la tesis que defiendo explicaría con

natural sencillez la hiperextensión del victimario hacia descendientes del agresor, y por ende a familias monoparentales, que según el tenor de la norma no tendrían por qué quedar excluidas de raíz de la tutela judicial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Por último, la confrontación de las doctrinas mayoritarias con la norma específica sobre conexidad (artículo 17 bis[32] de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se convierte igualmente en un argumento de peso en pro de la tesis que defiendo en el presente trabajo. La LOMPIVG dedica un precepto, su artículo 60, a dar contenido al régimen específico de la competencia por conexidad de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. El legislador, profundamente celoso por evitar que por la vía de la conexidad se truncara el principio de especialidad en la instrucción de causas relacionadas con el novedoso concepto de violencia de género, ha querido ser especialmente cuidadoso en mantener en materia de conexidad un principio de prioridad en favor de dicha jurisdicción especializada. Corresponderán por tanto al conocimiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer los delitos (y faltas) cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución –artículo 17.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, y aquellos otros cometidos para procurar la impunidad de otros –artículo 17.4.º–. Sin perjuicio de poder extraer de tan escueto precepto bastante más sustancia jurídica que la correlación entre medialidad y búsqueda de la impunidad que pregona el precepto, abarcando la necesidad de dar respuesta a la conexidad natural y a los supuestos de pluralidad de autores y víctimas, sólo alguno de éstos o éstas bajo la competencia incuestionable de los órganos especializados[33], es lo cierto que con el mismo la norma trata de resolver, implícita y explícitamente, la cuestión de la competencia por conexidad, de cerrar la cuestión.

Sin embargo, las teorías mayoritarias tratan de relacionar el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en su ya novedosa dimensión subjetiva, su comprensión del sentido del artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ, con una idea que se acerca más o menos, según la mayor o menor restrictividad de su criterio, a lo que es en su sentido propio una institución procesal tan consolidada como la conexidad como criterio de determinación, por extensión, de la competencia objetiva de los Juzgados de Instrucción. El legislador, por mucho que queramos, no está estableciendo criterios de conexidad paralelos a los que reserva pocos artículos más atrás; si se ha incurrido en confusión, no ha sido precisamente por el oscurantismo de la norma, sino por tratar de buscar soluciones a unos razonamientos que nos llevan prácticamente a caminos sin salida.

Las posiciones más radicales imponen la presencia de un vínculo de conexidad estricto, por analogía o relación, hasta el punto de que exigen que las causas contra madre e hijo se lleven o puedan llevarse efectivamente en una causa criminal abierta, condenando a las víctimas secundarias, y por supuesto a la madre, a acudir a distintos órganos jurisdiccionales cuando no hay causa abierta a la que acumular nuevas agresiones. Si ése hubiera sido el propósito del legislador lo sencillo habría sido reservar la inserción de menores y demás personas dependientes para el contenido normativo del artículo 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; no anticiparla a una norma que establece la extensión subjetiva de la competencia en materia penal.

32. «La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente ley.»

33. Trato extensamente la cuestión en las pp. 81 a 101 de mi trabajo, a las que me remito.

Pero es que incluso la posición defendida por la CFGE 4/2005 tiene igualmente difícil acomodo con la existencia de un precepto que regula de forma específica y aparentemente excluyente las situaciones de conexidad. En un desarrollo argumentativo en el que, con cierto paralelismo con las tesis que defiendo en mi trabajo, se dan respuestas a las distintas situaciones que van más allá del estricto sentido literal del artículo 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Fiscalía General del Estado no se percata de que lo que está dibujando realmente es un escenario no ya de delitos conexos, sino hechos que perfectamente podrían aunarse en una unidad de delito, en concreto el delito contra la integridad moral del artículo 173.2 del Código Penal. Si además de coincidencia en el tiempo (es decir, unidad de acción o acción única pluriofensiva), hablamos de contextualización de hechos aislados «... dentro del marco temporal al que se circunscribe la situación de violencia de género», podríamos adentrarnos de lleno en la realidad de la existencia de un delito que admite la pluriofensividad, en tanto en cuanto es compatible con la existencia de más de una víctima –artículo 173.3 del Código Penal–; estaríamos tratando no la extensión subjetiva de las víctimas, sino simples problemas de atribución competencial por razón de conexidad cuando concurren varias víctimas, que tiene concretas respuestas en los artículos 16 a 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El legislador, no me cansaré de decirlo, no estaba pensando en la distribución de competencias en asuntos concretos cuando concurren en un solo delito o en delitos conexos víctimas primarias y secundarias; en tal caso habría reservado la cuestión para la regulación de las normas específicas sobre competencia por conexidad. Busca definir quiénes pueden ostentar la cualidad subjetiva de víctimas a los efectos de establecer la competencia objetiva de la jurisdicción especializada, y ello no tiene por qué hacerse depender de su relación con concretos delitos o situaciones que podrían o deberían haberse contextualizado en la investigación de un delito del artículo 173.2 del Código Penal, que como sabemos se convierte en una especie de *Leviatán* jurídico que puede absorber sobre sí mismo la tramitación conjunta de hechos aislados para su punición tanto como tales infracciones y a la vez como acreditación de la existencia de la persistencia en el trato discriminatorio y violento, igualmente punible.

Con la teoría más laxa, la defendida por el Observatorio de Violencia doméstica y de género, el legislador iría mucho más allá, creando un nuevo género, la atribución competencial por el antecedente o precedente de violencia de género, que serviría a modo de pretexto cuando el delito principal no fuera acompañado por delito contra víctimas secundarias; se es competente no porque se trate de determinado delito o correlación víctima-agresor, sino porque hubo un anterior delito objeto de denuncia. Esta interpretación arrastraría una institución completamente pionera en nuestro Ordenamiento Procesal, sin precedentes a nivel de normas con rango de ley, mixtura entre la conexidad en sentido estricto y norma de reparto, a la que más se asemeja. Pero de nuevo volvemos a las mismas; el legislador en ningún momento ha tenido la intención, ni capacidad de innovación jurídica, de crear ese tercer género innominado de atribución competencial, que convierte al precedente en una especie de catalizador de la competencia, como si de un pretexto se tratara, a la que perpetuaría. No se puede despreciar la realidad de que la norma no hace sino establecer quiénes son los sujetos pasivos en los delitos que son de la competencia de los órganos especializados; la unión entre unas y otras víctimas, su tratamiento igualitario, al mismo nivel, escapa de cualquier propósito de diseccionar el mandato legal para aislar unas y otras víctimas de una forma tan drástica.

IV. EPÍLOGO: SOLUCIONES Y PLANTEAMIENTOS PERSONALES A LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA IMPLANTACIÓN DE LAS DOCTRINAS MAYORITARIAS

Resulta poco ético forzar, a quien discrepa tan radicalmente de una determinada teoría, a desarrollarla; pero la necesidad de cubrir las tan graves lagunas jurídicas que ha producido la que, *velis nolis*, con sus matizaciones y disidencias, parece que se va a convertir en la doctrina más consolidada en interpretación de la posición subsidiaria de descendientes y demás personas dependientes de núcleos familiares para poder someterse a la tutela de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, me ha llevado, sin claudicar un ápice en mi propia teoría, a tratar de proponer soluciones a parte de tales planteamientos, al menos en cuanto respecta al interrogante de qué alcance y hasta cuándo atraerá el previo acto de violencia de género a los delitos y faltas cometidos contra el entorno familiar de la víctima primaria.

Considero que la posición más acertada en el entorno de tal entendimiento sería la teoría del precedente o antecedente de violencia de género, el cual explicaría la disociación entre la atribución competencial desde su dimensión subjetiva de una manera independiente a cualquier vínculo de conexidad, al estar tal exigencia desacreditada por la taxatividad del artículo 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y su contextualización con el mandato del artículo 87 ter.1.a), o su correlato en el artículo 14.5.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ahora bien, para evitar perpetuaciones sin duda no queridas por el legislador, entiendo que deberían establecerse límites a esa atribución por razón del precedente, que a mi juicio deberían obedecer a las siguientes reglas:

a) Principio de la ruptura del precedente por hecho inequívoco. Al menos en los supuestos de sentencia absolutoria o equivalente de sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de infracción criminal o por no participación del esposo o convivente en la comisión del delito, el vínculo de conexión debería romperse. La fuerza de la cosa juzgada en el primer caso, y la ausencia de indicios de criminalidad relacionada con la violencia de género en el segundo, con efecto de cosa juzgada en un sentido amplio, harían perder su razón de ser al precedente que sirve de fundamento a la atracción de la competencia a favor del órgano especializado.

b) Principio de la ruptura de la conexión temporal con el precedente. La razón que llevara a la Instrucción del CGPJ 3/2003 a establecer un sistema inamovible de precedentes (la responsabilización del Juez de Instrucción en la tutela de la víctima o su entorno familiar desde la primera denuncia) se desvanece en este primer plano de la atribución de la competencia objetiva, que no de reparto. La atribución de la competencia vendría justificada en función de la necesidad de la tutela integral y unificada ante un mismo órgano judicial especializado, por razón de una situación o contexto de violencia de género en determinado entorno familiar; de suerte que no se puede establecer una vinculación a perpetuidad cuando tal situación de dominación o violencia simplemente ha cesado, aunque pudiera volver a renacer. El problema habrá de surgir en la determinación de cuándo se produce esa ruptura del vínculo temporal, que corre el riesgo cierto de entrar en el farragoso mundo de los conceptos jurídicos indeterminados, a riesgo de generar una gran inseguridad jurídica en su aplicación cotidiana. Podrían, sin embargo manejarse con facilidad conceptos objetivos analógicos, como podrían ser los plazos de prescripción de las infracciones criminales que sirvieran de precedentes, al determinar éstos una interpretación auténtica de cuándo con-

sidera el legislador que se tiene que tener por extinguida determinada infracción criminal; o incluso los plazos para la cancelación de antecedentes penales. En cualquier caso, sería muy conveniente que el legislador introdujera una modificación en el texto legal que estableciera tales criterios temporales.

c) Principio de la pérdida de la competencia por acreditación de inexistencia de hecho punible cometido en el contexto del entorno de la violencia de género. Si se ha defendido que el antecedente, para poder servir de fundamento a la atracción de la competencia respecto de infracciones criminales cometidas contra descendientes o personas dependientes del agresor, debe caracterizarse como un genuino acto de violencia de género, se comprenderá que si de lo actuado, o de la sentencia, se acredita que en la acción del hombre responsable no ha existido una tal tendencialidad discriminatoria (el esposo mata a su mujer porque iba a denunciarlo al descubrirle como asesino de su suegra por razón de robarle sus joyas), no existirá antecedente alguno sobre el que extender la competencia objetiva del órgano especializado.

d) Principio de la provisionalidad o perentoriedad de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la instrucción de determinada causa y de aquellas cuya competencia venga determinada por el precedente de violencia de género. Al igual que el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un sistema de competencia territorial provisional en función de la determinación del lugar del delito, la competencia objetiva permanece a cargo de los órganos ordinarios o especializados en función del mantenimiento de la calificación jurídica de los hechos en el curso de la investigación. Por tal motivo, la causa o causas podrán sufrir tantas variaciones de órgano jurisdiccional cuantas sean precisas según se concrete o descarte la existencia de un punto de conexión que determine o excluya la competencia del órgano especializado. No obstante, si el órgano especializado comparte funciones de órgano común, es decir, no es Juzgado de Violencia sobre la Mujer en régimen de exclusividad, la asunción del conocimiento del *antecedente* a efectos de competencia por razón de reparto, harían que hubiera de continuar con el conocimiento de las causas, si no hubiera existido un antecedente anterior.

e) Compatibilidad de la atribución competencial por atracción del precedente con el criterio del antecedente a efectos de reparto, cuando existan en una misma demarcación territorial varios Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La Instrucción 3/2003 del CGPJ es plenamente compatible con la norma de atribución de competencia por antecedente predicable del artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ; su aplicabilidad incidiría *ad intra*, en aquellos supuestos en los que coexistieran varios Juzgados de Violencia sobre la Mujer en un mismo Partido Judicial.

Sinceramente he dejado muchas cuestiones en el tintero; algunas de ellas incluso han encontrado solución en mi último libro, como en concreto respecto a las situaciones de derecho transitorio[34]. Las demás, sobre todo si el acto de violencia de género debe o no ser en tal entendimiento un hecho constitutivo de delito o falta, y si cabe abrigar dentro del contexto de una determinada actuación de violencia de género a todos los descendientes, incluidos los propios del agresor, aunque el acto de violencia de género escape de tal contexto, las dejaré para el momento en que o bien las nuevas teorías *me convenzan*, o cuando éstas lleguen a tal nivel de consolidación a nivel jurisprudencial que cualquier intento de disidencia se muestre indudablemente estéril.

34. Pp. 95-98.

EL TRASTORNO LÍMITE DE LA PERSONALIDAD. CONFLICTIVIDAD EN EL ÁMBITO FAMILIAR

JOSÉ SÁEZ RODRÍGUEZ

Jefe de Servicio de Clínica. Instituto de Medicina Legal de Córdoba

RESUMEN

El Trastorno Límite está detrás de la mayoría de problemas de conducta que presentan actualmente nuestros jóvenes y que desembocan en conflictos intrafamiliares, consumo de tóxicos, marginalidad, delincuencia, trastornos de la conducta alimentaria y, en muchas ocasiones, suicidio. Se trata del trastorno de personalidad más frecuente y desde el punto de vista clínico se caracteriza por la impulsividad y la inestabilidad, tanto afectiva como en las relaciones interpersonales. En estos casos no sólo sufre el afectado, sino también la familia que no sabe a dónde acudir en su petición de ayuda. A esto hay que añadirle la dificultad en el tratamiento, no sólo por la escasa respuesta al mismo, sino por la escasez de medios adecuados para hacer frente al trastorno.

ABSTRACT

THE LIMIT DYSFUNCTION OF THE PERSONALITY

The Limit Dysfunction is behind most of behavior problems that present our youths at the moment and that end in intrafamiliar conflicts, consumption of toxics, marginality, delinquency, dysfunctions of the alimentary behavior and, in many occasions, suicide. It is the most frequent dysfunction of personality and from the clinical point of view it is characterized by the impulsivity and the unstability, so that emotional as in the interpersonal relationships. In these cases it doesn't only suffer the one affected, but also the family that doesn't know where to go in their petition of help. To this it is necessary to add the difficulty in the treatment, not only for the scarce answer to it, but for the shortage of appropriate means to face up to the dysfunction.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO
II. EPIDEMIOLOGÍA
III. ETIOPATOGENIA
IV. MANIFESTACIONES CLÍNICAS
V. COMORBILIDAD
V.1. Consumo de sustancias
V.2. TLP y suicidio
V.3. TLP y trastornos de la conducta alimentaria
VI. DIAGNÓSTICO
VII. EVOLUCIÓN
VIII. POSIBILIDADES TERAPÉUTICAS
IX. PROBLEMÁTICA LEGAL
X. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO

Actualmente estamos asistiendo a un progresivo cambio en el campo de la psiquiatría y la salud mental en general. Los casos que están suscitando mayor interés por parte de psicólogos y de psiquiatras no son ya esos *«extraños locos»* de los manicomios o que nos podemos encontrar por la calle. En estos momentos se puede decir, lo que más preocupa a estos profesionales son fenómenos como el suicidio en los adolescentes, la violencia juvenil y familiar, los trastornos de la conducta alimentaria o el abuso de drogas. Estos cuadros, que tanto afectan e inquietan también a las familias y –por extensión– a la propia sociedad, son la mayoría de las veces consecuencia de padecer un Trastorno Límite de la Personalidad (TLP). Se está aceptando por la literatura científica que entre el 70 y el 80 % de los jóvenes que presentan conductas de este tipo sufren un TLP.

Pero **¿qué es el trastorno límite de la personalidad?** De una forma muy simplista, y para hacerlo fácilmente comprensible, podemos decir que es un trastorno de la personalidad caracterizado por la impulsividad y la inestabilidad, tanto en los afectos como en las relaciones interpersonales. Se trata de desviaciones de la personalidad condicionadas por la inmadurez y por la falta de desarrollo de la misma.

La mayoría de los autores consideran que el término utilizado para definir ese trastorno es muy desafortunado. Fue acuñado por Adolf Stern en 1938 y pretendía describir los estados límite o fronterizos entre las neurosis y las psicosis.

Mucho más realista es la denominación propuesta por la CIE-10 que habla de un *Trastorno de Inestabilidad Emocional* ya que describe mejor la característica principal del trastorno[1].

Algunos autores afirman que este cuadro no existe, ya que consideran que es una variante de otras patologías fundamentalmente de tipo afectivo. No obstante la mayoría de los profesionales está de acuerdo en afirmar, sin ningún género de duda, su existencia con las características propias que después veremos.

Es un trastorno grave de tipo crónico que supone un problema muy importante, tanto para quien lo sufre como para sus familiares. Conlleva, como hemos apuntado anteriormente y luego veremos con mayor detenimiento, un mayor riesgo de suicidio, de consumo de tóxicos, de delincuencia, de marginalidad, de absentismo laboral, conflictos intrafamiliares, etc.

Las familias ante estas situaciones se sienten impotentes y desorientadas. No saben lo que pasa, se preguntan si están haciendo algo mal o qué podrían hacer para cambiar la situación que padecen. Acuden a múltiples especialistas en busca de ayuda, pero la mayoría de las veces no encuentran ninguna respuesta que sea satisfactoria.

II. EPIDEMIOLOGÍA

Es el trastorno de personalidad más frecuente representando entre el 30-60% de la población con trastorno de la personalidad.

La tasa de prevalencia del TLP en población general se encuentra entre el 1 y el 2%[2]. Si consideramos los pacientes que son vistos en los centros ambulatorios de salud mental (población clínica) la tasa asciende a un 11%, y se sitúa en torno al 19% entre los pacientes psiquiátricos hospitalizados (población hospitalizada).

Los familiares de personas con TLP tienen un riego de padecer el mismo trastorno hasta cinco veces superior al que existe en la población en general. También hay un mayor riesgo de que los familiares sufran trastornos relacionados con sustancias, trastornos de la personalidad de tipo antisocial y trastornos del estado de ánimo.

La edad de aparición más frecuente comprende la transición de la adolescencia a la edad adulta, y es raro su diagnóstico más allá de los 40 años. Las tasas mayores se encuentran entre los 18 y los 30 años de edad, produciéndose a partir de hay una disminución. La mejoría

1. Rubio Larrosa propone otras denominaciones como *Trastorno global de la personalidad*, *Trastorno generalizado de la personalidad*, *Trastorno mórbido de la personalidad* o *Trastorno deteriorante de la personalidad*.

2. La tasa de prevalencia de trastornos de personalidad en la población general se sitúa en torno al 13%.

con la edad es algo característico de los trastornos del espectro impulsivo (trastorno límite y antisocial de la personalidad y trastorno de abuso de sustancias). Esta mejoría funcional podría ser debido a una maduración biológica que reduce los niveles de impulsividad, así como al progresivo aprendizaje social que permite desarrollar estructuras adaptativas para evitar situaciones problemáticas.

Respecto al **sexo**, el TLP es más frecuente en el sexo femenino con una proporción que oscila, según las distintas publicaciones entre 2:1 y 4:1. Este predominio se refleja en la mayoría de los estudios, tanto comunitarios, como ambulatorios y hospitalarios.

No se han encontrado evidencias significativas de que sea más frecuente en algunas **razas.**

Los factores sociales no han sido demasiado estudiados en la literatura, siendo uno de los autores que más han profundizado en este campo el canadiense Joel Paris. Este autor considera que el TLP tiene una incidencia creciente en la sociedad norteamericana y, por extensión, en las sociedades desarrolladas. Se basa para hacer esta afirmación tanto en la estimación directa de la prevalencia como indirectamente a través de la presencia de conductas impulsivas fuertemente relacionados con el trastorno como son los intentos de suicidio y el abuso de sustancias, ambas en rápido aumento de las últimas décadas. Afirma que este incremento, sería debido a la llamada *desintegración sociocultural* (término acuñado por Leighton en 1963)[3] que permitiría la expresión de impulsos.

Por el contrario, el TLP es raro en las sociedades tradicionales porque probablemente su estructura protege contra estas patologías. En una sociedad integrada, las estructuras sociales contienen la disforia y la modulan; en una sociedad más desintegrada, la disforia no se contiene y las personas con una disposición impulsiva ven facilitada su expresión.

Otro de los aspectos que merece la atención de un gran número de autores es la **relación con los trastornos psiquiátricos infantiles.** A este respecto se ha encontrado una asociación que es estadísticamente significativa entre el trastorno límite de la personalidad en el adulto y el trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) en el niño.

III. ETIOPATOGENIA

Mucho se ha discutido acerca de la etipatogenia de los trastornos de la personalidad y creo que en lo único en lo que hay acuerdo es que no existe una única interpretación para justificar o explicar el origen o la causa de ellos.

Se han invocado factores genéticos basados en estudios sobre los casos de adopción y los gemelos (tanto criados juntos como por separado). Quizás el apartado en el que más se está investigando en la actualidad sea en los factores biológicos (alteraciones electroencefalográficas, imágenes cerebrales de dilatación ventricular, estudio de la función

3. El desarraigo de las familias por la movilidad geográfica, el divorcio y los rápidos cambios sociales interfieren la transmisión de valores en la juventud.

de neurotransmisores –dopamina, serotonina, acetilcolina, ...–) que están arrebatando la tradicional preponderancia que hasta ahora tenían los factores psicológicos. Por último hay muchos estudios actuales que ponen de manifiesto la importancia del ambiente en estos casos.

IV. MANIFESTACIONES CLÍNICAS

Las manifestaciones clínicas más significativas del TLP son las siguientes:

– **Impulsividad.** Es un trastorno que se caracteriza por una marcada predisposición a actuar de un modo impulsivo sin tener en cuenta las consecuencias de sus actos, pudiendo presentar manifestaciones explosivas o violentas al recibir críticas o ser frustrados en sus actos impulsivos. Desarrollan las crisis de forma inesperada y espontánea, lo que provoca que su conducta sea muy imprevisible[4].

– **Inestabilidad afectiva.** Los pacientes con TLP suelen presentar una inestabilidad afectiva de tipo disfórico. Es frecuente en ellos la existencia de ira inapropiada e intensa, que es seguida por sensación de pena y culpabilidad. A todo ello se une la presencia de una ansiedad crónica por el miedo a ser abandonados y estar solos pero, al mismo tiempo, experimentan enfado hacia aquellos de los que dependen por forzarles a ser dependientes.

– **El daño a sí mismo**. La inestabilidad emocional, junto con la ausencia de control de impulsos les lleva a realizar actos contra sí mismos que van desde conductas autolesivas, alteraciones en la conducta alimentaria o abuso de sustancias psicoactivas.

– **La alteración de la identidad**. Ésta se manifiesta por una incertidumbre ante temas vitales como pueden ser la orientación sexual, las amistades, la escala de valores o la falta de objetivos a largo plazo. La consecuencia de todo esto es una sensación de vacío y aburrimiento. Carecen de un sentido de la identidad consciente (difusión de identidad).

– **Las relaciones interpersonales inestables e intensas**. También presentan una notable inestabilidad en las relaciones interpersonales. Suelen distorsionar mucho sus relaciones, situando a las personas en la categoría «todo bueno» o la opuesta «todo malo». Ven a la gente como figuras que les dan afecto y cubren sus necesidades, o como personas que les privan de su seguridad y les abandonan cuando ellos se sienten más dependientes. Como resultado de esta escisión, los buenos son idealizados y los malos devaluados. Aunque debido a su inestabilidad son frecuentes los cambios de categoría. No toleran la soledad y prefieren la búsqueda frenética de compañía, sin importarles lo satisfactoria o insatisfactoria que sea, a tener que soportarse ellos mismos.

4. La impulsividad ya fue definida por Shapiro como la tendencia a actuar, tras un estímulo momentáneo, sin una planificación previa o sin un sentido o deseo claro. La impulsividad ha sido ampliamente relacionada con una disminución de la función serotoninérgica del Sistema Nervioso Central, siendo éste uno de los hallazgos más robustos de la psiquiatría biológica.

V. COMORBILIDAD

Por comorbilidad se entiende la existencia de varios trastornos en un mismo sujeto, es un concepto que ha hecho extraordinaria fortuna en psiquiatría y que se utiliza cada vez más.

Son muchas las personas con TLP en las que se puede hacer el diagnóstico de otras patologías del tipo de trastorno depresivo mayor, trastornos bipolares, trastornos de pánico, trastornos obsesivo-compulsivos, trastornos de la conducta alimentaria, trastorno de abuso de sustancias, etc.

Por no hacerme muy extenso, yo he elegido analizar algunas de las que más pueden preocupar a las familias de estos enfermos.

V.1. Consumo de sustancias

Existe una elevada comorbilidad entre personas que padecen TLP y el consumo de sustancias (tanto abuso como dependencia) apuntando diversos trabajos una cifra superior al 50% de pacientes con diagnóstico de TLP que tiene consumo de sustancias tóxicas.

El TLP influye produciendo reiteradas recaídas en el consumo, falta de adherencia al tratamiento, dificultad extrema para introducir estrategias que modifiquen el entorno familiar, reagudización o aparición de nuevos trastornos psiquiátricos.

V.2. TLP y suicidio

Ya se ha apuntado anteriormente el vínculo que puede establecerse entre el TLP y el suicidio, aceptando de forma común que es el trastorno de personalidad más asociado al suicidio. Las conductas autolesivas e ideación suicida en estos pacientes son recurrentes, y, sin duda, la mayor fuente de preocupación y angustia para las familias.

La tasa de suicidio consumado en los pacientes con TLP se sitúa entre el 8 y el 10%, lo que supone aproximadamente 400 veces la tasa de suicidio de la población en general. La tasa de intentos de suicidio se elevaría al 70%, con una media de tres intentos por paciente.

Estos datos podrían explicar el aumento del comportamiento suicida que se da en las poblaciones de jóvenes y adolescentes en todo el mundo, incluyendo nuestro país.

V.3. TLP y trastornos de la conducta alimentaria

Hay muchos estudios que han examinado la relación de los trastornos de la personalidad con los trastornos de la conducta alimentaria, encontrando una mayor asociación entre el TLP y la bulimia, como una manifestación más de la autoagresividad que estos pacientes llegan a inflingirse.

VI. DIAGNÓSTICO

Para llegar a hacer correctamente el diagnóstico del TLP vamos a usar las clasificaciones internacionales (DSM-IV-R y CIE-10). Los criterios diagnósticos son diferentes pero definen en líneas generales el mismo trastorno.

La CIE-10 incluye el TLP dentro de los trastornos de inestabilidad emocional de la personalidad. Dentro de este trastorno diferencia dos variantes:

El tipo impulsivo, en el que predominan la inestabilidad emocional y la ausencia de control de impulsos, y en el que son frecuentes las explosiones de violencia o un comportamiento amenazante. Para diagnosticarse deben cumplirse por lo menos tres de los siguientes criterios, uno de los cuales debe ser el número dos:

1) Marcada predisposición a actuar de forma inesperada y sin tener en cuenta las consecuencias.

2) Marcada predisposición a un comportamiento pendenciero y a tener conflictos con los demás, en especial cuando los actos impulsivos son impedidos o censurados.

3) Predisposición a los arrebatos de ira y violencia, con incapacidad para controlar las propias conductas explosivas.

4) Dificultad para mantener actividades duraderas que no ofrezcan recompensa inmediata.

5) Humor inestable y caprichoso.

El tipo límite establece que, además de tres de los anteriores criterios mencionados, deben estar presentes dos de los siguientes:

1) Alteraciones y dudas acerca de la imagen de sí mismo, de los objetivos personales y de las preferencias íntimas (incluyendo preferencias sexuales).

2) Facilidad para verse implicado en relaciones intensas e inestables.

3) Esfuerzos excesivos para evitar el abandono.

4) Reiteradas amenazas o actos de autoagresión.

5) Sentimiento crónico de vacío.

Por otro lado, la DSM IV-TR requiere para su diagnóstico cinco de los siguientes síntomas:

1) Esfuerzos frenéticos para evitar un abandono real o imaginado.

2) Un patrón de relaciones interpersonales inestables e intensas (alternancia entre la idealización y la devaluación).

3) Alteración de la identidad (imagen de sí mismo inestable).

4) Impulsividad potencialmente dañina para sí mismo (en los gastos, el sexo, el abuso de alcohol o drogas, conducción temeraria, atracones de comida, etc.)

5) Comportamientos, intentos o amenazas de automutilación o suicidio.

6) Inestabilidad emocional (alternancia de depresión y euforia, irritabilidad o ansiedad prolongadas).

7) Sentimiento crónico de vacío.

8) Ira inapropiada e intensa (mal genio, enfado constante, peleas físicas recurrentes).

9) Paranoias (ideas de persecución o celos inadecuadas) o síntomas disociativos como reacción ante el estrés.

A pesar de la mayor precisión de estos métodos, el diagnóstico conserva cierto grado de ambigüedad y depende, en buena medida, de la subjetividad del observador y de un límite cuantitativo (cinco de los síntomas descritos bastan para el diagnóstico, cuatro ¿lo excluyen?)

Las clasificaciones analizadas, por razones estadísticas y de investigación, exigen para poder hablar de Trastornos de Personalidad que se tenga 18 años. Sin embargo, sabemos que en lo que se refiere al caso concreto del TLP, esto no es cierto del todo ya que este trastorno se configura como un núcleo conductual anómalo desde mucho antes. Conocer esta posibilidad significa que podemos adoptar medidas preventivas desde la infancia y la adolescencia, primero determinando factores de riesgo temperamentales y conductuales (sería la prevención primaria) y en segundo lugar aplicando las medidas terapéuticas pertinentes (prevención secundaria).

Como ejemplo de estas conductas anómalas podemos citar las siguientes:

– Rabietas en el medio familiar, generalmente está intentando deliberadamente provocar una situación conflictiva. Es una especie de escape a la conflictividad interior que siente.

– Robos o hurtos, asociado con malgasto del dinero.

– Rehusar tomar la medicación.

– Agresividad, tanto en el medio familiar, como escolar.

VII. EVOLUCIÓN

Ya hemos indicado anteriormente que el inicio del TLP se produce a finales de la segunda década de la vida y comienzos de la tercera, con una tendencia a la mejoría a partir de los 35-40 años.

El deterioro de sus relaciones interpersonales y la inestabilidad emocional le llevan a un aislamiento social y familiar. Por otro lado, la falta de control de impulsos junto con el abuso de sustancias les lleva a tener problemas legales que analizaremos en un apartado posterior.

VIII. POSIBILIDADES TERAPÉUTICAS

Aunque tradicionalmente se ha considerado que los trastornos de personalidad en general, y el TLP en particular, carecen de tratamiento, últimamente estamos asistiendo a un creciente interés por desarrollar intervenciones psicológicas y farmacológicas eficaces. La necesidad de tratamiento es imperiosa por diversos motivos, entre los que se encuentra el importante deterioro que se produce en su vida y en la de las personas que lo rodean.

No obstante, hay que reconocer la dificultad del abordaje terapéutico, no sólo ya porque existen pocas posibilidades de éxito, sino por la falta de vinculación al tratamiento dada la poca conciencia de enfermedad que tienen.

El tratamiento debe ser individualizado, con carácter multidisciplinar y realizado por especialistas con experiencia en este tipo de trastornos (psiquiatras, psicólogos, educadores especializados, centros de día, ayuda a la familia).

El tratamiento debe aplicarse en toda su intensidad, y de forma continuada, desde el primer momento.

El aborde farmacológico es limitado, aunque son cada día mayores las evidencias científicas de su utilidad. Teniendo en cuenta la naturaleza multifactorial de este trastorno, pero sobre todo las múltiples combinaciones sintomáticas y la complejidad del estado mental del paciente con este diagnóstico, se han analizado múltiples grupos psicofarmacológicos:

– Antidepresivos: Los pacientes con TLP presentan a menudo síntomas afectivos, incluyendo síntomas de tipo depresivo. Por ello, prácticamente todos los fármacos antidepresivos han sido evaluados para el tratamiento de estos pacientes. Así mismo, dado que los trastornos de impulsividad y la agresividad están mediados en parte por el sistema serotoninérgico, se han estudiado los antidepresivos con acción sobre este sistema (Inhibidores selectivos de la recaptación de la Serotonina –ISRS-Fluoxetina-Prozac®–).

– Para los episodios psicóticos se pueden utilizar los antipsicóticos atípicos a dosis baja (Risperidona).

– La naltrexona puede estar indicada para la mejora del control de los impulsos, existiendo estudios recientes que ponen de manifiesto la utilidad de los nuevos fármacos antiepilépticos (Gabapentina).

En cuanto a la psicoterapia será fundamentalmente la terapia cognitiva para ayudar al control de impulsos y el entrenamiento en habilidades sociales para mejorar las relaciones

interpersonales. Todo ello sin descartar la terapia dialéctica conductual, la psicoterapia psicoanalítica y la terapia icónica de estabilización emocional.

En algunas ocasiones hay que recurrir a la hospitalización. Se ha estudiado que el ambiente protector de un medio hospitalario con ingresos de duración media (2 meses) con un abordaje terapéutico que incluya técnicas psicoterapéuticas, psicofarmacológicas y ocupacionales puede ser beneficioso como tratamiento inicial que debe completarse con técnicas cognitivas en centros de día. En España hay sólo una unidad de trastorno de personalidad de carácter público que está situada en Zaragoza y que realiza abordaje específico global de los trastornos de personalidad (excepto trastorno antisocial).

IX. PROBLEMÁTICA LEGAL

Es frecuente que afectados de TLP realicen conductas que sean consideradas faltas o delitos por nuestro Código Penal.

Por un lado, el consumo de sustancias tóxicas genera una delincuencia indirecta por la necesidad que tienen de adquirir dinero para sufragar dicho consumo, lo cual les lleva a cometer actos destinados a conseguir las sustancias que necesitan.

Por otro, la impulsividad y su tendencia a actuar sin tener en cuenta las consecuencias de sus actos genera una serie de conductas que también entran en colisión con nuestro ordenamiento jurídico.

Pero a mi juicio, lo que peores consecuencias puede tener es la conflictividad que generan en su medio más cercano que es la familia. Existen graves crisis de agresividad y violencia dirigida contra sus familiares más cercanos (padres, hermanos, cónyuge) cuando tratan de controlar su impulsividad. Esto plantea para su familia una disyuntiva que tiene muy difícil solución, acerca de cuál sería la respuesta legal que podrían dar a esta situación. ¿Deberían denunciar o no?

En principio, ante un episodio de estas características, independientemente de la posible enfermedad, la solución más directa y lógica sería avisar a la autoridad competente (Policía o Juzgado de Guardia). No obstante, hay que tener en cuenta que con la legislación actual sobre agresiones en el ámbito familiar, lo habitual cuando se produce la denuncia es que las fuerzas de seguridad procedan a la detención de la persona.

¿Qué ocurre a partir de entonces?

Lo deseable sería que tras la valoración en el Juzgado de Guardia se estableciesen los mecanismos necesarios para tratar adecuadamente a estos enfermos, que al fin y al cabo lo son.

Pero la práctica, por desgracia, es muy diferente. El Juzgado de Guardia no sabe qué hacer con estas personas. No existen centros adecuados donde puedan ser ingresados ya que las unidades psiquiátricas de agudos no lo son. La posibilidad de ordenar un tratamiento

compulsivo es prácticamente imposible sin la colaboración del afectado. La única salida que le queda al juzgado es su ingreso en prisión o la puesta en libertad para su regreso a casa (en todo lo más con una orden de protección para sus familias). Ninguna, por los motivos que nos podemos imaginar, es una solución por los problemas intrínsecos que origina.

La cuestión es complicada y, como he dicho anteriormente, de difícil solución. Es realmente desagradable denunciar a un familiar directo (generalmente hijos) y que sean detenidos, máxime cuando no se obtiene ningún beneficio a cambio de esto.

La solución debe pasar por la creación de centros asistenciales verdaderamente eficaces y especializados. De cualquier forma el debate está abierto y debemos intentar buscar soluciones efectivas para resolver los problemas de este tipo de personas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

– Arechederra, J.J.: Evaluación forense en los trastornos de la personalidad en el curso sobre *Diagnóstico clínico y evaluación en psiquiatría*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001.

– Carrasco, J.J., maza, J.M.: *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

– Eysenck, H.J.: *Fundamentos biológicos de la personalidad*, Fontanella, Barcelona, 1982, p. 227.

– Millon T., Everly, G.: *La personalidad y sus trastornos*, Martínez Roca, Barcelona, 1994.

– Paris, J.: *Social risk factors for borderline personality disorder: a review and hypothesis*, Can J Psychiatry, 1992; 37:510-5.

– Pelechano, V., De Miguel, A. y Hernández M.: «Trastorno de personalidad» (ref. libro: A. Belloch, B. Sandin y F. Ramos (eds.), *Manual de psicopatología*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 569-614 (1995).

– Rubio, V.: *Trastornos de la personalidad*, 2003, Disponible en http://www.paidopsiquiatria.com/hiper/perso.html.

– Shapiro, D.: *Neurotic Styles*, Nueva York: Basic Books, 1965.

– Villarejo, A.: «Reflexión sobre la imputabilidad de los trastornos de personalidad», *Cuadernos de Medicina Forense*, núm. 24, 2001.

– «El criterio de causalidad en la valoración de la imputabilidad de los trastornos de la personalidad», *Cuadernos de Medicina Forense*, núm. 33, 2003.

Revista de Derecho de
familia

JURISPRUDENCIA

Declaración de inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado, al ser contrario al derecho constitucional a la investigación de la paternidad y al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PLENO, SENTENCIA 273/2005, DE 27 DE OCTUBRE

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El 23 de mayo de 1996 don Arnes A. dedujo, ante el Juzgado de 1.ª Instancia Decano de Tomelloso, acción de reclamación, reconocimiento e inscripción de la filiación paterna no matrimonial del menor S.B.L., nacido el 25 de septiembre de 1995, fruto, según afirmaba el actor, de la relación habida entre él y doña María del Pilar B.L. Cumulativamente, ejercitó acción de reclamación del derecho a la patria potestad y establecimiento del régimen de visitas sobre dicho menor.

⊙ Previamente, dentro del plazo para formalizar la inscripción de nacimiento del citado menor, el 3 de octubre de 1995 el Sr. A. inició expediente gubernativo de reconocimiento e inscripción de filiación paterna ante el Juez encargado del Registro Civil de Tomelloso, que se resolvió mediante providencia que declaró no haber lugar a lo interesado, por no ser el procedimiento seguido conforme con el artículo 120 CC, debiendo ejercerse la acción de reconocimiento de paternidad a través del procedimiento declarativo correspondiente.

⊙ En la misma línea, el 24 de abril de 1996, el actor instó ante Notario acta de manifestaciones en la que se reconoce como padre del menor a que se refieren estas actuaciones.

⊙ Recibidos los autos a prueba, ambas partes propusieron pruebas documentales y testificales, y el actor, además, la realización de las pertinentes pruebas biológicas, conducentes a la determinación de la paternidad reclamada. Declaradas pertinentes las pruebas propuestas –en concreto las pruebas biológicas, hematológicas y de ADN, por Auto de 16 de enero de 1997–, la representación de la demandada, en escrito de 19 de febrero de 1997, comunicó al Juzgado que «no acepta la toma de muestras para las pruebas de paternidad solicitadas».

⊙ Practicadas las otras pruebas propuestas, el 30 de mayo de 1997 se dictó por el Juzgado providencia para mejor proveer, en la que se acuerda la práctica de las pruebas biológicas acordadas en el Auto de 16 de enero del mismo año, requiriéndose la comparecencia personal de la demandada en el propio Juzgado, el 18 de junio del mismo año, «en la que se le hará el apercibimiento, con notificación personal de esta resolución –continúa la providencia–, de que su nueva negativa a someterse a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad podrá ser valorada como *ficta confessio*». Frente a la citada providencia, la parte presentó recurso de reposición, inadmitido por Auto, que

fue objeto, a su vez, de un recurso de apelación igualmente inadmitido. Por diligencia de 18 de junio se deja constancia de que la demandada no se personó a la comparecencia acordada.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Tomelloso dictó Sentencia el 24 de julio de 1997 estimando la demanda. La sentencia, en el Fundamento de Derecho primero, desestima la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada, entendiendo que el artículo 134 CC, en relación con el artículo 39 CE, reconoce «el interés legítimo de los progenitores para reclamar la filiación extramatrimonial debiendo realizarse una interpretación flexible del referido artículo del Código Civil entendiendo que extiende al progenitor el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial faltando la posesión de estado». A continuación, en el fundamento tercero, «teniendo en cuenta que la prueba biológica no ha podido ser realizada debido a la injustificada negativa de la parte demandada», la Sentencia considera que «ha de concederse a dicha negativa valor indiciario de que el demandante es el padre biológico del menor, sin que ello suponga apreciar la negativa a someterse a las pruebas biológicas como *ficta confessio*, sino que apreciada conjuntamente con la constatación del hecho de que demandante y demandado mantuvieron relaciones sentimentales y la intensidad de las mismas en la época en que tuvo lugar el acto generativo, por la prueba testifical practicada a instancia del demandante puede estimarse que ello es así».

⊙ Interpuesto el 5 de septiembre de 1997 recurso de apelación por doña María del Pilar B.L., y una vez celebrada la vista, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, por providencia de 10 de febrero de 1998, acordó oír al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, centrada en los siguientes aspectos: «Si el artículo 133, párrafo primero, del Código Civil, en cuanto sólo atribuye legitimación para reclamar la filiación no matrimonial, cuando falta posesión de estado, y por tanto, *a contrario*, excluye a los progenitores, puede ser contrario a los artículos 14 (en cuanto suponga una injustificada desigualdad del trato) 24 (tutela judicial efectiva en cuanto se impide al progenitor el acceso al proceso judicial a pesar de que parece ostentar un interés legítimo) y 39.1 y 2 (en cuanto se impide determinar quién forma la relación paterno-filial y se impide la investigación de la paternidad)».

⊙ El Tribunal estimó la cuestión de inconstitucionalidad declarando la inconstitucional del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentación jurídica de la cuestión de inconstitucionalidad.

a) Comienza por precisar el auto dictado por la Audiencia Provincial que las dudas de constitucionalidad de la Sala en relación con el párrafo primero del artículo 133 del Código Civil se centraban en los términos de la providencia por la que se abrió el trámite de audiencia, debiéndose comprobar ante todo, y con carácter previo, «el significado y alcance de este precepto, y, en segundo término, si, llegando a resultados contrarios, en principio, a la Constitución, es factible una interpretación del mismo conforme a los principios constitucionales (artículo 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pues de ser posible, resultaría improcedente el planteamiento de la cuestión».

b) El órgano judicial, parte de la afirmación de que el artículo 133.1 del Código Civil «limita la legitimación activa, para ejercitar la acción de reclamación de paternidad, cuando falta la posesión

de estado, al hijo». Entiende, en efecto que «tal conclusión fluye con naturalidad de la interpretación de dicho precepto, conforme a los criterios hermenéuticos establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil». Examina a continuación el órgano proponente tales criterios atendiendo en concreto a los elementos gramaticales, sistemáticos, los antecedentes legislativos y el elemento teleológico o finalista. En relación con este último, señala el Auto de planteamiento que la idea restrictiva a que responde la norma cuestionada «es una opción entre los intereses en conflicto que convergen en las acciones de filiación: el derecho a la averiguación de la verdad biológica y el respeto a la paz familiar ... De ahí –continúa razonando– que se haya conferido a la posesión de estado un carácter regulador de la legitimación, como se infiere del contraste entre los artículos 131 y 133 del Código Civil. Que ello sea correcto o no, desde el punto de vista constitucional, y que esta tensión justifique o no la restricción de la legitimación, es lo que constituye el núcleo del planteamiento de esta cuestión».

Todo lo cual le conduce a mantener que «de la regulación de esta materia se infiere que se barajan dos criterios para establecer el régimen de legitimación, que en todo caso tiene su vinculación directa con la ley: primero, la posesión de estado, pues si existe, la acción puede ejercitarla cualquier persona con interés legítimo; segundo, y subsidiario, el origen de la filiación, pues faltando la posesión de estado, se distingue entre matrimonial, en cuyo caso, están legitimados el padre, la madre y el hijo, y excepcionalmente, los herederos de éste, y no matrimonial, en cuyo caso sólo el hijo, y en muy determinados casos, sus herederos, pueden ejercitar la acción».

c) El órgano judicial proponente considera que este régimen, en cuanto niega al progenitor el ejercicio de la acción de reclamación puede colisionar con una serie de derechos fundamentales y principios constitucionales, que analiza a continuación.

En primer lugar, el derecho a la igualdad (artículo 14 CE) en una doble dimensión. Por una parte, por el origen matrimonial o no de la filiación, de modo que, no existiendo posesión de estado, el progenitor sólo está legitimado si reclama una filiación matrimonial, mas no si la *causa petendi* es la relación paterno-filial no matrimonial. A juicio de la Sala promotora de la cuestión, el matrimonio de los progenitores no puede ser considerado como elemento diferenciador que justifique la disimilitud de supuestos y, por tanto, no es causa que permita una desigualdad de trato o de soluciones jurídicas. En efecto, tras la Constitución y la reforma operada en el Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el contenido de la relación paterno-filial ha de ser en todo idéntico, con independencia de su origen, por lo cual, no se comprende cómo no son iguales las oportunidades para acceder al proceso en que se discute la propia existencia de esa relación, sin que se consideren determinantes las razones prácticas que se ofrecían en la exposición de motivos del proyecto de dicha Ley o las aducidas por algún sector doctrinal para justificar el diferente ámbito de la legitimación.

Por otra parte, el artículo 133 supone una desigualdad de trato entre los mismos progenitores de una filiación no matrimonial, al primar al que primero establece, por el reconocimiento, su paternidad, ya que durante la menor edad del hijo podrá impedir el reconocimiento por parte del otro, al que no lo queda remedio alguno.

En segundo término, el Auto de planteamiento entiende que puede vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva, en su primigenio aspecto de acceso a la Justicia (artículo 24 CE), ya que al presunto progenitor se le impide incluso la incoación del proceso, y ello pese a que, por derivarse de la relación paterno-filial un conjunto de derechos y deberes de los que resultaría titular de quedar aquélla determinada, es portador de un interés legítimo que precisamente es el objeto de protección mediante la proclamación del derecho fundamental considerado.

Por último, también estaría comprometido el principio constitucional de protección de la familia y el de libre investigación de la paternidad (artículo 39.1 y 2 CE) «pues se impide establecer quién forma la relación paterno-filial, con lo que se imposibilita el cumplimiento de la función protectora que la patria potestad lleva consigo, y, en segundo término, se impide la investigación de la paternidad».

d) Considera el órgano judicial, asimismo, que la claridad del precepto civil cuestionado no permite efectuar una interpretación correctora que salvara los obstáculos expuestos, en línea con la doctrina jurisprudencial a que se refieren el Fiscal y la defensa del demandante, según la cual se entiende habilitado al presunto progenitor para ejercitar la acción de reclamación, aunque no medie posesión de estado. Y ello, en primer lugar, porque «no nos hallamos ante jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 del Código Civil, pues los *obiter dicta* no la constituyen como tampoco la forma una sola sentencia»; en segundo término porque las Sentencias invocadas parten de la existencia de una antinomia entre los artículos 133 y 134 inexistente, en opinión de la Sección; tercero porque «no es admisible una interpretación derogatoria o abrogadora del precepto» y, cuarto, porque tal línea jurisprudencial no carece de excepciones, como resulta de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1997, en la que se ponderan otros intereses que pueden justificar la

restricción de la legitimación, y en la que se alude a otras Sentencias del Tribunal en las que no fue motivo *decidendi* la falta de posesión de estado.

Concluye la Sala su argumentación señalando que «no existe, en fin, la posibilidad de diversos entendimientos de la norma, de modo tal que hubiera de seguirse aquél más conforme con la Constitución, sino un precepto claro, preciso, con una lógica interna dentro del sistema legal, y por ello se muestra preciso plantear la duda de constitucionalidad, pues su solución condicionará la decisión a adoptar por este Tribunal, de modo tal que si no resultara inconstitucional, la demanda sería inexaminable, mas no es así si chocara con la Constitución».

2. Alegaciones del Abogado del Estado.

El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 9 de octubre de 1998; en el que pide la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, con apoyo en los siguientes argumentos:

a) Comienza precisando cuál es la duda de constitucionalidad que se plantea en relación con el párrafo primero del artículo 133 del Código Civil que el Tribunal cuestionante entiende que limita la acción de reclamación de filiación no matrimonial al hijo, cuando falta la posesión de estado, excluyendo en tales supuestos la legitimación activa del progenitor; tal interpretación, según la cuestión planteada, vulneraría los artículos 14, 24.1 y 39.1 y 2 CE.

b) Frente a la misma, sostiene el Abogado del Estado que la interpretación sobre la que se basa el Auto de planteamiento no es la única posible, como resulta de la actual doctrina del Tribunal Supremo, en la que se combina el criterio literal con el sistemático y que conduce a conclusiones distintas a las enunciadas por la Sección cuestionante. Pues bien, en opinión del Abogado del Estado, «tanto la interpretación que aquí se denomina literal (la seguida por la Audiencia) como la sistemática (Tribunal Supremo), son conformes al texto constitucional, sin que corresponda a este proceso determinar cuál de las diversas interpretaciones constitucionalmente posibles de un determinado precepto legal es la más acertada, puesto que en ese caso sí que se invadiría el ámbito de la legalidad ordinaria, sobre el que no puede pronunciarse el Tribunal Constitucional, puesto que la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno la de resolver controversias interpretativas sobre la legalidad entre órganos jurisdiccionales o dudas sobre el alcance determinado precepto legal». En coherencia con tal entendimiento el Abogado del Estado anuncia que se limitará «a defender la conformidad con la Constitución de ambas interpretaciones, entendiendo que la decisión última sobre cuál de ellas debe regir corresponderá al Tribunal Supremo».

c) De acuerdo con el anterior planteamiento el tercer bloque argumental de su escrito lo consagra el Abogado del Estado al análisis de las pretendidas vulneraciones que se achacan a la norma cuestionada. Examina, en primer lugar, la pretendida conculcación del principio de igualdad (artículo 14 CE) en que incurriría el artículo 133 CC, respecto del artículo 132 del mismo cuerpo legal, referido a la filiación matrimonial, siendo así que la Constitución equipara filiación matrimonial y no matrimonial.

En este punto señala el Abogado del Estado, con invocación de doctrina constitucional, que la desigualdad en la ley contraria a la Constitución es aquella en que situaciones que son sustancialmente iguales «en la realidad» reciben arbitrariamente un tratamiento jurídico distinto; pues bien, en su opinión, el artículo 133 CC «no anuda un régimen jurídico sustantivo distinto a la filiación matrimonial respecto de la no matrimonial, resultado este constitucional prohibido, sino una diferente acción para la reclamación de la filiación, que es una cosa distinta. Es más, la regulación del CC sobre la determinación, prueba, reclamación e impugnación jurisdiccional de la filiación pivota sobre la clase de filiación matrimonial o no matrimonial, sin que ello pueda tildarse de inconstitucional». Lo que le lleva a concluir, tras el análisis de las grandes líneas de tal regulación, que, aún faltando la posesión de Estado, el matrimonio es un elemento que justifica un diferente tratamiento de la legitimación activa tanto del padre como de la madre respecto de la reclamación del presunto progenitor que sin «posesión de estado», pretende reclamar la filiación. La consecuencia de todo ello, continúa, es que «no puede mantenerse que el artículo 133 CC incurra en inconstitucionalidad por discriminación»; a lo que se uniría que el propio Código haya previsto formas específicas –fundamentalmente el reconocimiento del progenitor– para determinar la filiación no matrimonial.

En cuanto a la posible vulneración del artículo 24.1 CE, que el órgano cuestionante deriva de que se niegue legitimación activa a quien pretende reclamar la declaración de la filiación no matrimonial, con lo que se le impide el acceso a la tutela judicial, señala el Abogado del Estado que este Tribunal en su Sentencia 7/1994 no hizo reproche constitucional al artículo 127, párrafo segundo del Código Civil, que exige que la demanda de filiación presente un principio de prueba de los hechos en que se funde, por considerar ajustado a Derecho el establecimiento de barreras a demandas carentes de todo fundamento (FJ 4). En el supuesto examinado, el requisito de la posesión de estado no hace sino reforzar la exigencia genérica del artículo 127; se

trata de encontrar un equilibrio entre el derecho a la averiguación y al establecimiento de la «verdad biológica», y el deseo de preservar la paz de las familias reduciendo para ello las posibilidades de modificación del *statu quo*. No cabe olvidar, además, que no es la reclamación el único modo de acceder a la determinación de la filiación no matrimonial, que puede producirse por los mecanismos contemplados en el artículo 120 CC, y, en todos estos supuestos, «la cuestión se somete en última instancia a la aprobación judicial, lo que satisface la tutela judicial efectiva exigida por el artículo 24 CE».

Respecto a la pretendida contradicción de la norma en cuestión con el artículo 39.1 y 2 CE, por entender que la norma vulnera el principio constitucional de protección de la familia y el de libre investigación de la paternidad, puesto que se impide establecer quién forma la relación paterno-filial, considera el Abogado del Estado que no cabe duda de que en los supuestos contemplados «existe un conflicto de intereses entre el derecho a la investigación de la paternidad del progenitor y el interés del hijo, que el CC resuelve precisamente a favor de este último, reconociéndole sólo a él, en caso de ausencia posesión de estado, la acción para reclamar la filiación»; es precisamente la ausencia de posesión de estado la que justifica la opción del legislador, por lo que «no puede decirse que por este solo hecho se incumpla el mandato constitucional».

d) Pasa a continuación el Abogado del Estado a exponer la que señala como línea jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo en relación con la norma en cuestión (SSTS de 30 de marzo y 19 de mayo de 1998); una jurisprudencia que ha tendido a la ampliación de la legitimación activa hacia el progenitor. Según la Sentencia de 30 de marzo de 1998, «la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aún en casos, en que no haya "posesión de estado" el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada». Versión esta última a cuyo tenor «la regla general al no especificar nada en contrario, del artículo 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejercite la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al artículo 133». En los mismos términos se pronuncia la STS de 29 de diciembre de 1997, de la que se puede deducir sin duda alguna que, para el Tribunal Supremo, el artículo 133 CC debe interpretarse de manera sistemática con el artículo 134 del mismo Cuerpo legal, en el sentido de que no impide el acceso al proceso del progenitor que pretenda reclamar la filiación aun careciendo de posesión de estado. Para el Tribunal Supremo, parece, más bien, que la posesión de estado no constituye tanto un requisito de acceso a la jurisdicción sino uno de los elementos que pueden contribuir a la prosperabilidad de la acción de reclamación. En suma, el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina que, según entiende el Abogado del Estado, «elimina absolutamente los fundamentos de la duda de constitucionalidad que formula la Audiencia cuestionante, puesto que interpreta el artículo 133 CC en sentido favorable a la atribución de legitimación activa al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial. Desde esta perspectiva, para el hipotético caso de que se considerasen constitucionalmente asumibles las razones alegadas en el auto de planteamiento, se darían las condiciones de la doctrina constante del Tribunal Constitucional en el sentido de que la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación conforme a la Constitución (STC 108/1986 o 341/93, entre muchas otras)».

En definitiva, concluye su escrito de alegaciones, «el artículo 133 CC no está incurso en inconstitucionalidad, ni desde la perspectiva literal con la que lo interpreta la Audiencia Provincial, ni con la interpretación más sistemática seguida por el Tribunal Supremo, constituyendo la elección por una de las dos interpretaciones una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que no procede que se pronuncie el Tribunal Constitucional».

3. Informe del Fiscal General del Estado.

El Fiscal General del Estado, por escrito fechado el 11 de octubre de 1998, pidió que se dictase Sentencia por la que se estime la cuestión de inconstitucionalidad con derogación del artículo 133 del Código Civil. Tras una sucinta exposición de las circunstancias del caso y de apreciar que concurren en el planteamiento de la cuestión los requisitos procesales previstos en el artículo 35 LOTC, pasa el Ministerio público a examinar «la interpretación constitucional del artículo 133 párrafo primero del Código Civil como alternativa al planteamiento de la CI». El tema se plantea a la vista de lo dispuesto en el artículo 5.3 LOPJ, cuya aplicación «al caso concreto se deriva de las numerosas sentencias del TS que han interpretado

el artículo del Código Civil, ahora cuestionado, con un criterio no literal, sino sistemático, admitiendo la legitimación activa en base a lo previsto en el artículo 134 del Código que extiende aquélla al progenitor»; así las SSTS de 5 de noviembre de 1987, 19 de enero y 23 de febrero de 1990, 8 de julio de 1991, 24 de junio de 1996 y 30 de marzo de 1998.

Transcribe a continuación el fundamento de Derecho segundo de la última Sentencia citada en que se contiene la interpretación aludida, para concluir que «queda aquí reflejado... que es posible una interpretación constitucional del precepto que haga innecesario el planteamiento de la CI, que, de acuerdo a la dicción del 5.3 de LOPJ, se ofrece como subsidiario («cuando», se dice)». No obstante, a la pregunta de si la AP eligió una opción procesal válida al deferir la resolución del caso a este TC, considera que el razonamiento jurídico del Auto de planteamiento «debe superar, por sí solo, el juicio sobre la necesidad de eliminar el análisis en esta sede por el simple hecho de que exista una posible lectura distinta», como declarara la STC 105/1988, FJ 1. Por tanto, el Juez o Tribunal que es dueño de sus propias dudas es libre de plantear o no la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, y «ambas posturas procesales son acordes a la Constitución».

En cuanto al tema de fondo, que examina bajo el epígrafe «la colisión de la norma sustantiva con la Constitución española», señala el Fiscal que «el auto judicial parte del derecho a la igualdad para adentrarse después en el terreno de la legitimación y desembocar en el principio de protección a la familia y permisión de la investigación de la paternidad, pero viniendo íntimamente vinculados los dos primeros y, siendo el tercero, artículo de apoyo para el reforzamiento de la relación paterno-filial sería conveniente el estudio conjunto de la oposición del precepto procesal a la Constitución».

A partir de la idea de que el artículo 24.1 CE avanza con su literalidad la incidencia del derecho a obtener la tutela efectiva en la defensa de los derechos ante los Tribunales «que en su faceta subjetiva, abarca a la totalidad de las personas y en la objetiva a cualesquiera intereses legítimos», subraya el Ministerio público las hondas raíces que la substantivación de la norma procesal halla en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Desde tal entendimiento, la norma cuestionada, además de recurrir a una noción como la posesión de estado, «carente de fundamento en la sociedad actual, tan distinta a la del Siglo XX en que aquel requisito se gestó», plantea «el óbice del no nacimiento del hijo dentro de una relación matrimonial». En las palabras del escrito del Fiscal «tal planteamiento, que el Juez proyecta sobre el derecho al igual tratamiento legal, tiene indudable reflejo en el campo de la legitimación ahora analizado, demostrando que el "interés legítimo" que, como criterio decisor se erige en la materia, debe existir y subsistir al margen del matrimonio de los presuntos padres».

Continúa el escrito señalando cómo «todo el régimen de filiación se asienta en el juego de presunciones sin que, por ello, se ahonde en la verdad material, obedeciendo por ello a una concepción periclitada de prevalencia de lo que "debe ser" frente a lo que "es"», pero a partir de la Constitución y de la STC 7/1994, «no parece que se pueda imponer un límite absoluto a los progenitores hasta el punto de impedirles su entrada en el proceso». En este punto, pues, «la conclusión es que desde el área del artículo 24.1 de la CE ni la falta de posesión de estado ni un hecho como el matrimonio, a veces, ajenos a la voluntad del reclamante pueden condicionar el inicio del proceso y con ello el derecho fundamental a una declaración sobre la paternidad».

Respecto a la alegada quiebra del principio de igualdad, ligada al derecho de acceso al proceso, entiende el Fiscal que, aunque en un plano secundario, también concurriría en la norma en cuestión que, por último, y como consecuencia del enlace «de la desigualdad y del derecho al proceso con el deber de los padres de protección integral de los hijos» abonan la tesis de la inconstitucionalidad del precepto también desde la perspectiva del artículo 39.1 y 2 CE.

Concluye el Fiscal General del Estado refiriéndose al alcance de la inconstitucionalidad del precepto, que postula, y que, en su opinión, debe ser el previsto en el artículo 39.1 LOTC, es decir, la anulación. En cuanto a la laguna legal que con ello se creará entiende el Fiscal «que podrá ser llenada, mientras llega otra regulación, por el propio poder expansivo de normas sobre filiación, interpretadas sistemáticamente, o en su caso por la aplicación directa de la CE y, en último término, por la doctrina dimanante de la sentencia que en este caso se dicte».

4. Fundamento jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional.

A) Cuestiones previas.

Antes de examinar el fondo de la cuestión, procede abordar el análisis de un aspecto que suscita el órgano judicial promotor de la misma, y que presenta carácter previo, en la medida en que podría incidir sobre la admisibilidad de la cuestión. En efecto, en el Auto de planteamiento se pone de relieve la existencia de una línea jurisprudencial que, por vía de la interpretación conjunta de los artículos 133 y 134 CC, entiende habilitado al presunto progenitor para ejercitar la acción de reclamación, aunque no medie posesión de estado.

La Sala proponente disiente de esta interpretación, afirmando que, además de existir excepciones en dicha línea jurisprudencial, la claridad del precepto cuestionado no admite una exégesis correctora que permita salvar los obstáculos expuestos en el Auto de planteamiento, sin que, por lo demás, resulte admisible una interpretación derogatoria o abrogadora del precepto, como la que efectúa la jurisprudencia reseñada. Y es que, para la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, no existe la posibilidad de diversos entendimientos de la norma, de modo tal que hubiera de seguirse aquél más conforme con la Constitución, sino que estamos ante un precepto (el contenido en el artículo 133 CC) claro, preciso, con una lógica interna dentro del sistema legal, y del que, además, depende la solución del litigio sometido a su conocimiento.

Ante este planteamiento, cabe señalar, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, que la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno resolver controversias interpretativas sobre la legalidad surgidas entre órganos jurisdiccionales, o dudas sobre el alcance de determinado precepto legal, para lo cual el ordenamiento jurídico dispone de otros cauces. Su función se reduce así al enjuiciamiento de la conformidad a la Constitución de una norma con rango de Ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 2, y 114/1994, de 14 de abril, FJ 2; ATC 62/1997, de 26 de febrero, FJ 2). En tal sentido hay que entender que la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta viable porque el órgano judicial duda efectivamente de la constitucionalidad de un precepto legal a cuyo tenor literal se considera sujeto, sin que este Tribunal deba rectificar el entendimiento que muestra la Sala promotora sobre su sujeción al enunciado legal de cuya constitucionalidad duda; y es que es claro que la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales tiene también sus límites, entre los que se encuentra el respeto al propio tenor literal de aquéllos (por todas, SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2, y 138/2005, de 26 de junio, FJ 5).

Por otra parte, como dijimos en la STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1.c), «el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que el artículo 163 de la Constitución y el artículo 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme con la Constitución. Y si bien el artículo 5, apartado 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), dice textualmente que "procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional", tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad».

Así pues, el aspecto reseñado no constituye obstáculo para que este Tribunal entre en el examen de las vulneraciones de los preceptos constitucionales que se imputan a la norma cuestionada.

B) Análisis de la cuestión de inconstitucionalidad desde la perspectiva del derecho a la igualdad.

Aclarado el anterior extremo, podemos proceder ya al análisis de la primera infracción constitucional que se atribuye al artículo 133, párrafo primero, del Código Civil. En el Auto de planteamiento de la cuestión se aduce que el precepto colisiona con el derecho a la igualdad ante la ley en un doble sentido: por una parte, porque consagra una diferenciación de trato, en los supuestos de falta de posesión de estado, según el origen matrimonial o no de la filiación que, a juicio del órgano judicial, no puede ser considerado como elemento diferenciador que justifique la disimilitud de supuestos ni, por consiguiente, de soluciones jurídicas en cuanto a las oportunidades para acceder al proceso en que se discute la propia existencia de la relación paterno-filial. Por otra parte, por la desigualdad que produce entre los progenitores, al favorecer al que primero determina la filiación por medio del reconocimiento.

El artículo 14 CE, al proclamar el principio general de que «los españoles son iguales ante la ley», establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, e impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual, al mismo tiempo que limita al poder legislativo y a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2). Ahora bien, como tenemos declarado desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento dife-

renciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello. Por tanto, como regla general, lo que exige el principio de igualdad es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por consiguiente, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De este modo, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Por lo demás, también es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida [por todas, SSTC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5.c); 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4; y 10/2005, de 20 de enero, FJ 5].

Así pues, el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 14 CE es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, equiparables (STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 3), y ello entraña la necesidad de que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6). Dicho de otro modo, el juicio de igualdad ha de constatarse siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador, requiere la comprobación de que la norma de que se trate atribuye consecuencias jurídicas diversificadoras a grupos o categorías de personas creadas o determinadas por él mismo (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10), y de que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5). Sólo entonces puede decirse que la acción selectiva del autor de la norma resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de «factores diferenciales» (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 5) o de «elementos de diferenciación» (STC 162/1985, de 29 de noviembre, FJ 2) resulta o no debidamente fundamentada.

Pues bien, aplicando la doctrina expuesta al supuesto sometido a nuestro examen, podemos concluir que los términos de comparación ofrecidos por el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no resultan adecuados, ya que las situaciones que éste considera iguales no guardan la imprescindible homogeneidad ni son, por tanto, susceptibles de ser comparadas jurídicamente a los efectos constitucionales aquí relevantes, de modo que la diferenciación normativa establecida por el Código Civil en este punto presenta una justificación que puede ser considerada suficiente, objetiva y razonable, que radica en los distintos regímenes de determinación de la filiación.

En efecto, como acertadamente afirma el Abogado del Estado, el artículo 133 CC no contempla un régimen sustantivo que establezca un diferente trato para la filiación no matrimonial respecto de la matrimonial, que es lo que, en definitiva, proscribe la Constitución al disponer en su artículo 39 que los poderes públicos aseguran «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación» (apartado 2) y que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» (apartado 3), previsiones que, como se dijo en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2, obedecen, precisamente, y entre otros motivos, al hecho de que su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de circunstancias ajenas a los mismos. Esto es, lo que hace el Código Civil es establecer un sistema para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación que se articula en función del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación y que, en el supuesto concreto que se nos plantea, se traduce en un diferente régimen para la reclamación de la filiación, cuando falte la posesión de estado, según sea aquélla matrimonial o no matrimonial, pues aunque esta diferencia no puede tener consecuencias sobre sus efectos, por determinación constitucional, sí cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos.

Las diferentes circunstancias concurrentes en los dos supuestos ya se ponían de relieve en la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (que cristalizó en la Ley 11/1981, de 13 de mayo), en la que, en relación con la cuestión que nos ocupa, se exponía que «para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de

una filiación matrimonial y más difícil su impugnación. Continúa, pues, teniendo el matrimonio importancia primordial en el terreno de la creación del vínculo, con lo que persiste su significado de fundamento de la familia, institución ésta a la que los poderes públicos deben protección jurídica».

En relación con este aspecto, dijimos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, que «es el hecho de la existencia del matrimonio el que fija el carácter matrimonial de la filiación, determinándose legalmente la paternidad del marido de la madre a través del juego de las presunciones (artículos 116 y 117 CC), basadas en la regla proveniente del *Digesto pater vero is est quem nuptiae demonstrant*, cuando el nacimiento se ha producido *ex uxore*, conectada con los deberes de convivencia y fidelidad de los cónyuges (artículo 68 CC) y la presunción de convivencia conyugal (artículo 69 CC). En razón del juego de presunciones establecidas por el legislador, es el nacimiento del hijo después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo o a la separación efectiva, sea legal o de hecho, de los cónyuges lo que determina la paternidad matrimonial, la cual se acredita, entre otros medios (artículos 113 y 115 CC), por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que resulta ser así un título de legitimación privilegiado del estado civil de hijo matrimonial» (FJ 3). En cambio, en el supuesto de la filiación no matrimonial, al no existir un juego de presunciones que otorgue, en principio, certeza a la filiación, ha de acudirse a otros instrumentos, que implican una actuación de los sujetos interesados ante los poderes públicos para que la filiación quede determinada. Así, al margen de su posible determinación por Sentencia firme, la filiación no matrimonial puede quedar establecida por reconocimiento efectuado ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil (cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 49 de la Ley del Registro Civil) o, finalmente, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo.

En suma, aun faltando la posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial descansa sobre presupuestos diferentes que la acción referida a la filiación no matrimonial, regulada en el artículo 133 CC, de manera que queda justificado el distinto trato que el legislador otorga en un supuesto y en otro, sin que, en razón a las consideraciones expuestas, esta diferencia normativa pueda ser tachada de arbitraria, discriminatoria o carente de fundamento.

En segundo lugar, el artículo 133 CC tampoco vulnera el artículo 14 CE por la presunta desigualdad que se establecería entre los progenitores al favorecer al que primero reconozca a un hijo, pues no se puede olvidar que tal precepto se cuestiona por entender que priva de legitimación a los progenitores para reclamar una filiación no matrimonial, faltando la posesión de estado; por tanto, no se discute el régimen del reconocimiento, que no se encuentra en el origen del proceso judicial que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, y que no ha sido puesto en tela de juicio por el órgano promotor de la misma. En cualquier caso, basta examinar la regulación del reconocimiento contenida en los artículos 121 a 126 CC para comprobar que el realizado por el primer progenitor se encuentra sometido a los mismos requisitos que el efectuado por el segundo, pues en ambos casos precisarán del consentimiento del hijo si es mayor de edad (artículo 123) o, en su caso, si fuera menor, el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (artículo 124). Obviamente, esta última audiencia, por lógicas razones, faltará en el supuesto del primer reconocimiento, al no existir aún ningún progenitor cuya identidad se encuentre legalmente determinada. Pero tal diferencia es una simple consecuencia del necesario juego del tiempo en la realización del reconocimiento, que otorga una cierta posición preeminente al progenitor que primero haya reconocido cumpliendo con todas las exigencias legales. Por tanto la preeminencia que ostenta el progenitor que reconoció en primer lugar en modo alguno se traduce en un trato discriminatorio para el que ha realizado más tarde la declaración de voluntad en que consiste el reconocimiento; reconocimiento posterior que también habrá supuesto, normalmente, una más tardía asunción del deber de asistencia que, como tal, incumbe a todo progenitor con respecto a sus hijos, de acuerdo con la previsión del artículo 39.3 CE.

C) Análisis de la cuestión de inconstitucionalidad desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Una vez que ha quedado descartada la colisión del precepto cuestionado con el artículo 14 CE, debemos precisar ahora si, como se afirma en el Auto de planteamiento, el artículo 133 CC vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), en su vertiente del acceso a la justicia, en la medida en que, según razona el órgano judicial, impide el acceso al proceso al presunto progenitor, a pesar de ostentar un interés legítimo.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el primer contenido del derecho a obtener la tutela

de Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (entre otras, SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 2, y 34/1994, de 31 de enero, FJ 2). Esto es, al proclamar el indicado derecho, el artículo 24.1 CE establece una garantía previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto (STC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2).

Asimismo, hemos dicho que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4), sino un derecho prestacional y un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (STC 182/2004, de 2 de noviembre, FJ 2). Ello implica que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe crear la configuración de la actividad judicial y, más concretamente, del proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (STC 206/1987, de 21 de diciembre, FJ 5). En esta regulación podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (artículo 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, de 20 de octubre, FJ 4, y 32/1991, de 14 de febrero, FJ 4). En principio, pues, el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE puede verse conculcado por aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 60/1989, de 16 de marzo, FJ 4, y 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 3).

A la vista de esta doctrina, para dar una respuesta a la duda planteada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real en cuanto a la constitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 CC, resulta claro que no podemos partir de una consideración abstracta del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sino que, por la naturaleza instrumental de éste [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11.c)], es preciso tener en cuenta los derechos o intereses en juego que determinan los bienes constitucionales protegidos por el precepto impugnado, al objeto de discernir si el límite impuesto por el legislador al progenitor, impidiéndole la reclamación de la filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado, se ajusta al canon expuesto. Esto nos obligará a conectar nuestro examen con el de los principios rectores recogidos en el artículo 39 CE, que han de estar en la base de la regulación que desarrolle el Derecho civil; y ello aunque el órgano judicial cuestionante haya planteado de manera autónoma la infracción de los apartados 1 y 2 del referido precepto constitucional, por considerar que el artículo 133 CC desatiende el principio constitucional de protección de la familia, impidiendo establecer quién forma la relación paterno-filial, con lo cual imposibilita el cumplimiento de la función protectora de la patria potestad, y el principio de libre investigación de la paternidad.

El artículo 39 CE proclama, por una parte, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (apartado 1) y, por otra, la protección de la infancia, que se traduce en una serie de reglas recogidas en los apartados 2 a 4. En éstas se contempla, ante todo, la protección integral de los hijos, previéndose, además, la posibilidad de que la paternidad sea investigada (apartado 2). Como lógica consecuencia de esa protección, el apartado 3 del precepto otorga nivel constitucional al deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo «a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio». Finalmente, y como cláusula de cierre, el apartado 4 dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», de manera que, como señalamos en la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5, se opera una recepción de esas normas de protección, entre las cuales, es obligado remitirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), la Carta europea de los derechos del niño, proclamada por Resolución del Parlamento Europeo de 18 de julio de 1992, y el artículo 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001, y cuyo contenido (aunque carezca de fuerza vinculante) se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (título II).

Pues bien, comenzando por estudiar la cuestión desde la perspectiva del artículo 39.1 CE, hay que reseñar que, en relación con la familia constitucionalmente protegida por dicho precepto, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que del mismo no se deduce un deber para los poderes públicos de dispensar su amparo, indiferenciada-

mente y sin matices, a todo género de unidades familiares, pues es evidente que el legislador puede establecer diferencias entre unas y otras en atención a distintos criterios que resulten racionales, dentro de la libertad de configuración de que goza en el desarrollo de los principios recogidos en el artículo 39 CE [SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4.b), y 47/1993, de 8 de febrero, FJ 2].

En esa misma línea, podemos afirmar que la protección de la familia no obliga constitucionalmente a que, en todo supuesto, y al margen de las circunstancias concurrentes, se deba permitir que cualquiera que pretenda ser declarado progenitor reclame una filiación no matrimonial. El legislador, en uso de su libertad de configuración, ha decidido que la posibilidad de la reclamación judicial de tal filiación por todo el que tenga un interés legítimo quede reservada a los supuestos en los que exista un previo sustrato fáctico, constituido por la posesión de estado. En los demás casos, se ha limitado la legitimación para reclamar la filiación al hijo –o, en su caso, a sus herederos–, previsión que, como ya se ha dicho, conecta con las determinaciones de los apartados 2 y 3 del mismo artículo 39 CE, a la luz de los cuales también ha de ser comprendido el apartado 1 (STC 222/1992, FJ 5), y que puede considerarse plenamente razonable y proporcionada, sin afectar al núcleo esencial de la familia como institución constitucionalmente garantizada.

Por consiguiente, el hecho de que el artículo 133, párrafo primero, del Código Civil no otorgue legitimación al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial, en ausencia de posesión de estado, no lesiona las exigencias del principio de protección de la familia contenido en el apartado 1 del artículo 39 CE, de manera que, desde esta perspectiva, tampoco cabe advertir vulneración del artículo 24.1 CE.

D) Análisis de la cuestión de inconstitucionalidad desde la perspectiva del derecho a la investigación de la paternidad.

Avanzando un paso más en el análisis de la alegada vulneración del artículo 24.1 CE, hemos de ponerlo ahora en conexión con el mandato al legislador, contenido en el artículo 39.2 CE de que «posibilite la investigación de la paternidad». Como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, «históricamente los problemas de la determinación de la filiación, particularmente en cuanto a la paternidad (*mater semper certa est*), han tenido su razón de ser en la naturaleza íntima de las relaciones causantes del nacimiento y en la dificultad de saber de qué relación concreta, si las hubo con diferentes varones, derivó la gestación y el nacimiento correspondiente. Ello ha justificado, en beneficio de la madre y del hijo, el juego de presunciones legales, entre ellas la de paternidad matrimonial (*pater is quem nuptiae demonstrant*) y las restricciones probatorias que han caracterizado al Derecho de filiación». Y añadimos que es en la medida en que ciertas pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad cuando cobra todo su sentido el mandato del constituyente de que la Ley posibilite la investigación de la paternidad, cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE).

Sin embargo, este mandato, como resulta de su propio tenor literal, no incorpora un derecho incondicionado que permita, en todo caso, y con independencia de la concurrencia o no de circunstancias que lo justifiquen o desaconsejen, la averiguación de la identidad de un progenitor (STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 15). Abordando esta cuestión, en la STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), al tratar de las pruebas biológicas de determinación de la filiación, a las que prestaba cobertura legal explícita el artículo 127 CC –actualmente, el artículo 767.2 LEC–, pusimos el acento en el derecho del hijo a conocer su filiación diciendo que dicho precepto no era más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional, añadiendo que el artículo 39.2 «declara que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", e inscribe esta prescripción en la idea de "protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación" ... Y, por añadidura, la Constitución establece directamente un deber: "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio" (artículo 39.3 CE). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica ... y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida».

Ahora bien, aunque no pueda hablarse de la existencia de un derecho de los progenitores sobre los hijos como correlato de la existencia de los deberes que les impone el artículo 39.3 CE, sin embargo, la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo, con exclusión de toda iniciativa por parte de los progenitores, pues también a éstos alcanza un interés en el conocimiento de la verdad biológica. En este sentido, en la ya citada STC 138/2005 hemos señalado que el mandato del constituyente al legislador

de posibilitar la investigación de la paternidad «guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona» (FJ 4).

Pues bien, a la hora de plasmar el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, en el concreto extremo de la determinación de la filiación, el legislador pretendió reflejar en la regulación introducida en el Código Civil por la Ley 11/1981 dos criterios encontrados: «De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco». E intentando equilibrar estos dos criterios, se confería especial relevancia a la posesión de estado, «tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen» (exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil).

De esta forma, el Código Civil establece una amplia legitimación («cualquier persona con interés legítimo») para reclamar la filiación manifestada por una constante posesión de estado (artículo 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos de éstos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTS de 10 de marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de *nomen*, *tractatus* y *fama* o *reputatio*.

En cambio, cuando falta el presupuesto de la posesión de estado, el artículo 133 CC 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. 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.

Así pues, 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.

Ahora bien, en tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la presente cuestión, el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. 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. Pues bien, 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 LEC y, anteriormente, el derogado artículo 127 CC).

En suma, 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, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

E) Cuestiones finales.

No obstante lo anterior, hemos de analizar aún si, como sostiene el Abogado del Estado, resulta posible una interpretación *secundum constitutionem* del precepto que impidiera apreciar su inconstitucionalidad. Se apoya tal afirmación en la existencia de una línea jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo, que ha efectuado una interpretación sistemática del artículo 133 CC, poniéndolo en conexión con el 134, que elimina los fundamentos de la duda de constitucionalidad que formuló el órgano judicial cuestionante. En efecto, en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo pueden encontrarse numerosas resoluciones (SSTS de 5 de noviembre de 1987, 10 de marzo de 1988, 8 de julio de 1991, 24 de junio de 1996, 30 de marzo de 1998, 19 de mayo de 1998, 20 de junio de 2000, 2 de octubre de 2000 y 22 de marzo de 2002) que, pese a la literalidad del párrafo primero del artículo 133 CC, reconocen al padre biológico legitimación para reclamar la filiación no matrimonial aunque falte la posesión de estado. Entendiendo que la interpretación literal del precepto llevaría a una transgresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE, se realiza una interpretación sistemática, más flexible, teniendo especialmente en cuenta el contenido del artículo 134 CC y considerando que, en la medida en que éste legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

Ciertamente, este Tribunal ha declarado reiteradamente que la validez de la Ley «ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución» (STC 108/1986, de 29 de julio), de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, ya que, si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, «resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley» (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18). Sin embargo, el principio de interpretación conforme a la Constitución tiene también sus límites, pues esta técnica no permite a este Tribunal «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2, y 341/1993, de 18 de noviembre), ni «reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). En efecto, como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7).

En el presente caso, a diferencia de los artículos 131 (legitimación para reclamar la filiación manifestada por la constante posesión de estado) y 132 (legitimación para reclamar la filiación matrimonial cuando falte la posesión de estado), el precepto cuestionado, en cuanto sólo reconoce legitimación al hijo para reclamar la filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado, no permite entender, sin forzar el sentido propio del enunciado, que el progenitor también se encuentra legitimado para reclamar dicha filiación. Así resulta claro que el legislador (como se explicitaba en la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil, a la que antes se hizo referencia) no ha querido reconocer la legitimación para reclamar la filiación nada más que al hijo y, cuando éste fallezca, durante determinado plazo, a sus herederos, lo que impide una interpretación extensiva de la regla restrictiva del artículo 133 CC, por más que resulte plausible el intento jurisprudencial de salvar una evidente transgresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STS de 19 de mayo de 1998). En consecuencia, no cabe eludir la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por la vía de la interpretación *secundum constitutionem*.

Por último se impone precisar el contenido y alcance de nuestro fallo. Al igual que en el supuesto resuelto por la STC 138/2005, de 26 de mayo, el presente fallo ha de declarar la inconstitucionalidad del precepto enjuiciado pero, como ya dijimos en la STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando «la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión» (en el mismo sentido, las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22, y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13).

En el presente caso es evidente que no procede declarar la nulidad de la regla legal que, en ausencia de posesión de estado, otorga al hijo la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial durante toda su vida, pues tal pronunciamiento, además

de no reparar la inconstitucionalidad apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del artículo 133 CC, y en forma plenamente conforme con los mandatos del artículo 39 CE, una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. Así pues, la declaración de nulidad de este precepto, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable.

En suma, resuelta en los términos señalados para el caso concreto la cuestión planteada, la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

Voto particular que formulan los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez, don Javier Delgado Barrio y don Roberto García-Calvo y Montiel respecto del fallo y de algunos extremos de la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1687/98.

Como se advierte en los fundamentos jurídicos 7 y 9 de la Sentencia frente a la cual se formula este Voto particular se sigue en ella, a efectos de fijar el razonamiento esencial que conduce a su fallo, la doctrina sentada por la STC 138/2005, de 26 de mayo, lo que lleva a estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al artículo 133, párrafo primero, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y, consecuentemente, a declarar inconstitucional dicho precepto, si bien no su nulidad, con el proclamado objeto de evitar un vacío normativo indeseable.

Habiendo ya manifestado en el correspondiente Voto particular nuestra disconformidad con el fallo de la STC 138/2005 y con diversos extremos esenciales de la fundamentación jurídica que lo sustenta, entendemos que basta ahora reiterar, con el mayor respeto al criterio contrario de la mayoría, nuestra opinión disconforme con la estimación de esta nueva cuestión de constitucionalidad, remitiéndonos, a nuestra vez, para el desarrollo de la argumentación que la sustenta, a lo expuesto en el citado Voto.

Baste, simplemente, insistir en que entendemos que ahora, de nuevo, las consideraciones desarrolladas en la fundamentación jurídica de la Sentencia frente a la cual expresamos nuestra divergencia suponen, esencialmente, la adopción de un criterio contrario al seguido por el legislador, para acomodarla a los principios y valores constitucionales, al reformar en 1981 la tradicional regulación de las acciones de filiación. Ciertamente la opción legislativa a la que responde la reforma de dicha regulación no es la única constitucionalmente admisible. Y cabe incluso admitir que la evolución de la sociedad, en el marco del acelerado proceso histórico de nuestro tiempo, pudiera hacer aconsejable acomodar a las circunstancias del tiempo presente el régimen establecido por el párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, ampliando la legitimación en él establecida para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial en caso de falta de la posesión de estado.

Pero ello no significa, en modo alguno, que dichas nuevas y diversas normativas, por lógico encuadre o acomodo constitucional que tuviesen, resultaran exigidas por nuestra Ley de leyes, a la que, por las razones que expusimos en el Voto particular al que éste se remite, no resulta contrario el sistema de acciones de filiación establecido en la reforma de 1981 ni (por el tema concreto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la Sentencia de la que discrepamos), en particular, el régimen de la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial en caso de falta de la posesión de estado establecido en el párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, que encuentra natural y perfecto acomodo en la preferencia acordada por el artículo 39.2 de la Constitución a la protección integral de los hijos.

Firmamos este Voto particular en Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil cinco.

Voto particular que formulan los Magistrados doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo respecto de la Sentencia del Pleno de este Tribunal dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1687/1998.

Con el mayor respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en la Sentencia, nos sentimos en la obligación de ejercitar frente a él la facultad prevista en el artículo 90.2 LOTC, con el fin de reflejar fielmente la posición que mantuvimos en la deliberación del Pleno, expresando a través de este Voto nuestra discrepancia con el fallo y con una parte de los argumentos que lo sustentan.

1. En primer lugar hemos de manifestar que compartimos plenamente la argumentación que lleva a la Sentencia aprobada por la mayoría a entender que el artículo 133, párrafo primero, del Código Civil, al no otorgar acción de reclamación de la paternidad a quien pretende ser progenitor no matrimonial careciendo de posesión de estado, no resulta contrario al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE, ni en relación con los progenitores matrimoniales en igual situación, ni respecto del progenitor que reconoció antes en el tiempo.

De igual modo entendemos con la Sentencia mayoritaria que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1), es un derecho prestacional y de configuración legal, en cuya regulación el legislador podrá establecer límites que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (artículo 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, de 20 de octubre, FJ 4, y 32/1991, de 14 de febrero, FJ 4).

De donde que, como señala la Sentencia, sea preciso tener en cuenta los derechos o intereses en juego, al objeto de discernir si el límite impuesto por el legislador a quien pretende ser progenitor no matrimonial, impidiéndole cuando falte la posesión de estado la reclamación de la paternidad, se ajusta al canon expuesto, por lo que, como continúa la misma Sentencia, resulta obligado conectar el examen de la denunciada vulneración del artículo 24.1 con el de los principios rectores recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 39 CE.

En tal contexto el reproche dirigido al artículo 133, párrafo primero, CC de que desatiende el principio constitucional de protección de la familia (artículo 39.1 CE) al impedir el establecimiento de la relación paterno-filial en las circunstancias expresadas, no puede ser acogido por las mismas razones que se recogen en la Sentencia de la mayoría que concluye, en este punto, señalando que la regulación establecida en el artículo 133, párrafo primero, CC no lesiona las exigencias de tal principio constitucional, de manera que, desde esta perspectiva, tampoco cabe advertir vulneración del artículo 24.1 CE.

2. Así pues es en el contraste de la norma cuestionada con el mandato constitucional de que se posibilite la investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE), desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1), en donde se sitúa nuestra discrepancia con la Sentencia de la mayoría. En efecto, la Sentencia afirma que, en la ponderación de intereses en presencia en el supuesto que ha dado origen a la cuestión de inconstitucionalidad, «el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial ... 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» (FJ 7).

Entendemos, por el contrario que tal apreciación no puede mantenerse si se contempla la cuestión, no desde la perspectiva de un elemento aislado, como sería el del artículo 133, párrafo primero CC, sino a la luz del conjunto del sistema articulado por el Código Civil para la determinación de la filiación no matrimonial.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120 CC, podemos afirmar que la tutela de los intereses en orden a la determinación de una filiación no matrimonial queda articulada en el sistema del Código Civil fundamentalmente en torno a dos mecanismos de alcance general: el reconocimiento y la reclamación judicial de la filiación. El primero mira esencialmente a los derechos e intereses de los progenitores; la segunda, a los de los hijos.

El reconocimiento permite a todo progenitor no matrimonial, exista o no posesión de estado respecto del hijo, determinar la filiación mediante una declaración unilateral de voluntad, no necesitada de aceptación para su validez. Ciertamente, dicho reconocimiento queda sometido a determinados requisitos que, en todo caso, no son presupuesto indispensable de validez, sino de eficacia, actuando a modo de una *conditio iuris*, de forma que el reconocedor queda vinculado por su declaración de voluntad, sin poder revocarla, aunque aún no produzca efectos como título apto para determinar la filiación no matrimonial.

En concreto, si el hijo es menor o incapaz será necesario obtener el consentimiento expreso de su representante legal –que puede ser o no el otro progenitor–, consentimiento que, sin embargo, no será necesario para el reconocimiento efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento, en el que, si bien la inscripción podrá suspenderse a petición de la madre dentro del año siguiente al nacimiento, cabe instar la confirmación judicial de la inscripción (artículo 124).

En cualquier caso, en los supuestos en que el representante legal del menor deniegue el consentimiento, el artículo 124 CC abre una vía para que el progenitor pueda conseguir la tutela judicial de su interés que, según establece la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981, se ha de desarrollar en el marco de la jurisdicción voluntaria (artículos 1811 y siguientes LEC de 1881), a través de la cual se puede obtener una aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido, que permite superar la negativa del representante legal a la eficacia del reconocimiento; decisión judicial que no se produce en única instancia, pues, además, es susceptible de apelación (artículos 1819 y siguientes LEC de 1881).

Pues bien, para determinar si esa actuación judicial es suficiente a los efectos del artículo 24 CE hemos de partir de la consideración realizada ya en la STC 13/1981, en la que resaltamos que la diversidad de los supuestos contemplados en el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil impiden sentar conclusiones generales. Es necesario, por el contrario, descender a los casos particulares, teniendo muy presentes algunos rasgos legales de estos procedimientos judiciales: destacadamente, que la ley ofrece amplia ocasión para alegar a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad, y que el alcance de la cosa juzgada se encuentra limitado, como se deduce de los artículos 1813, 1816 y 1818 LEC, entre otros (STC 13/1981, FFJJ 3 y 4). Ahora bien, como dijimos en la STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 6, el artículo 24 CE no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables, de modo que lo fundamental, desde la óptica constitucional, es apreciar si, en las circunstancias del concreto proceso seguido, el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante medios de alegación y prueba suficientes si se actúa con una diligencia procesal razonable.

En relación con los expedientes de reconocimiento de la filiación, la conjunción del precepto del artículo 124 CC con los de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina un procedimiento que garantiza la defensa de los distintos intereses en presencia, permitiendo incluso la oposición del otro progenitor o, en su caso, del representante legal del menor, así como la utilización de cuantos medios de prueba se estimen pertinentes a tal efecto, al igual que ocurría en el supuesto a que se refiere la STC 129/1999, de 1 de julio, en la que entendimos que la sustanciación por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria de la autorización judicial para internamiento en un centro psiquiátrico, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 211 CC –a la sazón vigente– satisfacía los derechos fundamentales reconocidos en los dos apartados del artículo 24 CE a la persona afectada por la decisión.

De igual modo, el progenitor que lleve a cabo el reconocimiento para determinar una filiación no matrimonial sin posesión de estado puede obtener la tutela efectiva de su interés en la vía judicial, aunque el representante legal del menor niegue su consentimiento a la eficacia del reconocimiento. Conclusión que no resultaría alterada incluso si se entiende que, en aplicación del artículo 1817 LEC, la oposición formulada por el otro progenitor al evacuar la audiencia contemplada en el artículo 124 CC transforma el procedimiento en contencioso, ya que tal eventualidad no puede cerrar la vía judicial al progenitor que ha efectuado el reconocimiento pendiente de la autorización judicial. En efecto, la «transformación» a la que se refiere el artículo 1817 LEC no puede significar la anulación de las pretensiones planteadas por la vía de la jurisdicción voluntaria, sino la continuación del expediente en forma contenciosa, por los trámites del juicio declarativo que corresponda, lo que, como señala la misma norma, no podrá alterar «la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él». Se trata, en suma, de sujetar la defensa de los distintos intereses en presencia a un procedimiento reglado, a diferencia de la libertad que en este punto impera en los actos de jurisdicción voluntaria. Entenderlo de otro modo supondría una interpretación del artículo 1817 LEC contraria al artículo 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la justicia, siendo así que, como este Tribunal tiene declarado, la tutela efectiva que propugna el citado precepto constitucional exige que todas las normas se interpreten y apliquen en el sentido más favorable para la satisfacción de ese derecho (STC 113/1988, de 9 de junio, FJ 5).

Consideramos, por tanto, que el progenitor dispone de otras vías, al margen de la reclamación, para que quede determinada la filiación no matrimonial; vías por las que tiene acceso a los órganos judiciales, de suerte que la privación de legitimación activa para instar una reclamación judicial, cuando falte la posesión de estado, no resulta desproporcionada ni vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, habida cuenta los bienes constitucionales que se trata de proteger a través de esta medida. Por todo lo dicho, entendemos que el párrafo primero del artículo 133 CC no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el artículo 24.1 CE, en relación con

lo dispuesto en el artículo 39.2 CE en cuanto a la investigación de la paternidad.

Con los anteriores argumentos defendimos en el debate del Pleno que nuestro pronunciamiento hubiera debido ser desestimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil cinco.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1687-1998.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, de conformidad con lo manifestado en el acto de la votación, me adhiero al Voto particular formulado por la Magistrada doña Elisa Pérez Vera y que ha formalizado en unión del Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, en la Sentencia del Pleno de este Tribunal, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad arriba reseñada.

En Madrid a tres de noviembre de dos mil cinco.

Vulneración del derecho de defensa al haberse impedido al denunciante –que ejercía la autodefensa– poder interrogar en el juicio de faltas a los testigos que propuso a fin de acreditar el incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre de sus hijos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 12/2006, DE 16 DE ENERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 44 de los de Madrid incoó a instancias de don Jesús Mario juicio de faltas núm. 1615/2001 contra doña Concepción A.R., por presunta falta de desobediencia, por no haber cumplido el día 24 de noviembre de 2001 con el régimen de visitas establecido en resolución judicial en relación con la hija de ambos.

⊙ Don Jesús Mario, una vez que fue citado a juicio oral, se dirigió al Juzgado, mediante escrito registrado el 20 de febrero de 2002, en el que, tras alegar que consideraba de la mayor importancia para la resolución del presente procedimiento determinar de forma clara e inequívoca si la denunciada tenía conocimiento de la Sentencia que presuntamente había incumplido, debido a que la policía la puso en antecedentes de la misma cuando subieron a su domicilio el día 24 por la mañana a instancias del denunciante, solicitaba del Juzgado se citara a los agentes policiales que tomaron parte en dicha diligencia, para que depusieran en el curso de la vista oral.

⊙ Asimismo, el día 8 de marzo de 2002 registró nuevo escrito dirigido al Juzgado al que acompañaba prueba documental para acreditar la conducta obstruccionista y contumaz de la denunciada, y advertía de su comparecencia a juicio sin Letrado, indicando que asumiría «su propia defensa en la vista, dado que no es preceptiva la intervención de letrado».

⊙ La celebración del juicio oral tuvo lugar el día 11 de marzo de 2002. Consta en el acta que, durante la vista, el denunciante solicitó poder interrogar a los testigos cuya citación había interesado, lo que le fue denegado por la Magistrada, sin que quedaran reflejadas las razones, formulando el denunciante protesta. El acta refleja seguidamente que, tras solicitar el Fiscal la libre absolución de la denunciada, el denunciante «insiste en su denuncia, solicitando la condena de la denunciada».

- Ese mismo día 11 de marzo de 2002 el denunciante presentó ante el Juzgado escrito en el cual se quejaba de que, al intentar preguntar a los testigos durante el juicio oral, al igual que a la representación de la contraparte, el Juez le ha impedido hacerlo por no ostentar la condición de Letrado. Y como quiera que, al no reflejarse en el acta el incidente, no queda constancia de su imposibilidad de ejercer el derecho de defensa, solicitaba al Juzgado la modificación del acta en el sentido aludido, de tal forma que incluyera su intento de asumir su autodefensa y la razón expresada por la Juzgadora por la que entendió que tal pretensión no procedía.

- El Juzgado de Instrucción dictó Sentencia, de fecha 11 de abril de 2002, absolviendo a la denunciada, en la que no figura referencia alguna a la anterior incidencia.

- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución en el que, en lo que ahora interesa, se invocó la vulneración del derecho de defensa al impedir la Juez de instancia que interrogara a los testigos, así como que formulase informe, fue desestimado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid mediante Sentencia de fecha 18 de octubre de 2002. Sobre la cuestión planteada, afirma la Sentencia que «de la lectura del acta del juicio oral no se desprende indefensión alguna del aquí recurrente, ya que, por un lado, extensamente narró su versión de los hechos, no simplemente ratificó su denuncia y, por otro lado, no propuso prueba alguna e informó después del Ministerio Fiscal, solicitando la condena de la denunciada. Y en lo que respecta al interrogatorio por su parte de la denunciada y del testigo P.N. 85.254, de la lectura del acta no se puede llegar a la conclusión que tal facultad le fue impedida expresamente, ni que se negara a firmar, lo cual debería constar por diligencia del Secretario, ni obra tampoco comparecencia posterior del denunciante haciendo ver los extremos apuntados en el recurso».

- Don Jesús Mario interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional quien anuló la sentencia del Juzgado y acordó retrotraer las actuaciones al momento del juicio oral.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demanda de amparo solicita que se determine si las Sentencias dictadas han lesionado su derecho a no padecer indefensión y a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa (artículo 24, apartados 1 y 2 CE), al haber sido privado en el acto del juicio oral, en el que el demandante estaba ejerciendo su autodefensa, de la posibilidad de interrogar a los testigos propuestos y citados a su instancia, así como de informar después de la práctica de la prueba. El Ministerio Fiscal se adhiere a la pretensión de amparo, al entender que el recurrente, en efecto, fue privado de la facultad de interrogar a los testigos por él propuestos (dos policías), sobre el conocimiento de lo que presenciaron el día de los hechos.

El Tribunal Constitucional, antes de resolver el recurso, recuerda los pronunciamientos que, recogiendo reiteradas declaraciones anteriores, realizábamos en la STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3, en un caso también referido al ejercicio del derecho de autodefensa en juicio de faltas. Allí afirmamos que «el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, cuya violación denuncia el demandante de amparo, significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes con-

tendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2). Y ello ha de garantizarse en todo proceso judicial, también en el juicio de faltas (SSTC 54/1985, de 18 de abril, y 225/1988, de 28 de noviembre), tanto cuando las partes comparezcan por sí mismos (autodefensa), como cuando lo hagan con la asistencia de Letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta (SSTC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3, y 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3)».

Más concretamente, y citando la anterior STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3, dijimos que precisamente la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, «reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28 de noviembre), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean estas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 102/1998, de 8 de junio, y 91/2000, de 4 de mayo), de forma que, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso el propio Ministerio público, "de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales" (STC 112/1989, de 19 de junio). Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio, y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente la de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", facultad esta que el artículo 6.3.d) del Convenio europeo de derechos humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos, y de un tenor similar es el artículo 14.3.e) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (SSTC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero)».

«La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las "reglas esenciales del desarrollo del proceso" (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: "el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos" (STC 144/1997, de 15 de septiembre)» (STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3).

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto sometido ahora a nuestra consideración lleva directamente a la estimación del amparo solicitado, en razón a que el proceso penal se sustanció, en este caso, con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes.

Argumenta la Audiencia Provincial que no consta que el demandante estuviera indefenso porque extensamente narró su versión de los hechos, no propuso prueba alguna y pudo informar después del Ministerio Fiscal. De otro lado, en lo que respecta al interrogatorio por su parte de la denunciada y del testigo, afirma la Juez *ad quem*, sorprendentemente, que de la lectura del acta no se puede llegar a la conclusión de que tal facultad le fuera impedida expresamente, y que no obra comparecencia posterior haciendo ver los extremos apuntados en el recurso de apelación.

Sin embargo, lo cierto es que basta la simple lectura de las actuaciones y, en particular, del acta de la vista oral y de los escritos presentados por el demandante de fecha 20 de febrero y 11 de marzo de 2002, para constatar los extremos que a continuación se indican. En primer lugar, que sí propuso expresamente la práctica de prueba testifical, solicitando del Juzgado la citación de los policías nacionales, lo que efectivamente se llevó a cabo por la oficina judicial, previa admisión de la prueba propuesta por la Juez de Instrucción. En tal escrito se hacía constar con total precisión el objeto de la prueba propuesta y la finalidad perseguida: acreditar que la denunciada tenía conocimiento de la Sentencia que presuntamente incumplió. En segundo lugar, que el recurrente no tuvo ocasión de interrogar al testigo, al serle expresamente denegada tal posibilidad por la Juez *a quo*, sin que conste motivación ni razonamiento alguno para justificar la negativa. En tercer lugar, que sí formuló inmediata protesta ante tal negativa. En cuarto lugar, que ese mismo día (obviamente, una vez finalizó el juicio oral), el solicitante de amparo cursó escrito al Juzgado formalizando las razones

de su protesta y solicitando la rectificación del acta, para hacer constar en la misma las razones de la Juez para denegarle el derecho a ejercer su autodefensa. Sí es cierto, por el contrario, que no se desprende del acta del juicio que fuera impedido al demandante interrogar a la denunciada, ni que no pudiera informar, al término del juicio, para sustentar su pretensión.

Por su parte, la Sentencia dictada por la Juez *a quo*, se sustentó precisamente en que «no consta acreditado, tal y como afirma el denunciante, que Concepción A. tuviera conocimiento de la Sentencia con fecha del día anterior». Es decir, que se declaró no probado precisamente el extremo que se intentaba acreditar mediante la prueba en cuya práctica le fue vedado participar al demandante.

De este modo, es claro que el pronunciamiento judicial absolutorio no ha venido precedido de un debate pleno y contradictorio, en cuanto se ha fundado en pruebas respecto de las cuales no se ha producido la debida contradicción. El Juzgado, primero y, luego, la Audiencia Provincial, al fundamentar su fallo absolutorio precisamente en la no constancia de aquello que se le impidió probar al demandante de amparo (por la conducta omisiva de la Juez *a quo*, que impidió al recurrente poder tomar parte en la práctica de la prueba que él mismo había propuesto), llevaron a cabo una conducta, que limitó los derechos de defensa de la parte en un proceso con todas las garantías, limitación proscrita por el artículo 24.2 CE, todo lo cual conduce a la estimación de la pretensión de amparo.

Puesto que en el presente caso la estimación del amparo se fundamenta en el quebrantamiento de garantías procesales esenciales de una de las partes, ello ha de conducir, en aplicación de la doctrina expuesta –al igual que en los casos de las Sentencias 138/1999, de 22 de julio, 215/1999, de 29 de noviembre, y 81/2002, de 22 de abril–, a la anulación de las Sentencias recurridas y a la retroacción de las actuaciones judiciales al momento del juicio oral, éste incluido, para que, con respeto del derecho a la defensa, se celebre nueva vista por los hechos comprendidos en la denuncia interpuesta por el solicitante de amparo, de modo que pueda dictarse por el Juzgado otra sentencia acorde con la citada garantía.

Es necesario permitir la intervención efectiva del Ministerio Fiscal en la exploración de los menores a fin de que éste pueda personalmente oír e interrogar a los mismos, para conocer si éstos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección que estime necesarias.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 17/2006, DE 30 DE ENERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Juan Carlos D.M. promovió demanda de divorcio y subsidiariamente de separación contra su esposa doña Judith S.M., de la que correspondió conocer al Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 10 de Tarragona en autos registrados con el núm. 21-2000. Interesaba también en su demanda el Sr. Juan Carlos, entre otras medidas, que se le atribuyera la custodia de las dos hijas menores habidas en el matrimonio, nacidas el 5 de octubre de 1984 y el 22 de agosto de 1985.

⊙ De la demanda se dio traslado a la esposa demandada y al Ministerio Fiscal. Éste contestó la demanda el 25 de febrero de 2000, interesando en otrosí que se recibiera el pleito a prueba y que como prueba testifical se oyera a las hijas menores, de conformidad con el artículo 92 del Código Civil. El demandante interesó igualmente la exploración de sus hijas menores, que se celebró oportunamente ante el Juez, sin asistencia de las partes ni de sus Procuradores y Abogados, ni del Ministerio Fiscal. Concluido el período de prueba se celebró la vista, a la que no asistió el Ministerio Fiscal y en la que el demandante interesó que se diera traslado del acta que documentó la explora-

ción las hijas, a lo que no se accedió por el Juez, «por estricto respeto a la intimidad y confidencialidad de las menores».

⊙ El 20 de octubre de 2000 el Juzgado dictó Sentencia en la que estimó en parte la demanda, declarando la separación de los cónyuges y disponiendo que las dos hijas menores quedaran en la compañía y bajo la custodia de su madre.

⊙ Por la representación del Sr. Juan Carlos se interpuso recurso de apelación, del que correspondió conocer a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona. El apelante interesó que se recibiera a prueba el pleito y solicitó la práctica –entre otros medios de prueba– de una nueva exploración de las menores, a fin de que manifestaran con qué progenitor estaban viviendo, a la vista de que una de ellas lo estaba haciendo con el apelante, en casa de la abuela paterna. Por Auto de 12 de marzo de 2001 la Sala acordó la exploración de las menores, señalando día y hora para efectuarla. Acordó igualmente la exhibición a las partes del acta que en su día se levantó como consecuencia de las exploraciones practicadas ante el Juzgado de 1.ª Instancia. La exploración se practicó en la fecha señalada, manifestando la hija pequeña su deseo de seguir viviendo con su madre y la mayor que deseaba continuar viviendo con su padre. Por providencia de 22 de marzo de 2001 la Sala acordó poner de manifiesto las correspondientes actas a las partes, por término de cuatro días. Entretanto, por Auto de medidas cautelares de urgencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Tarragona de 20 de marzo de 2001 se acordó que ambas menores quedasen bajo la guarda y custodia del padre.

⊙ El 23 de marzo de 2001 el Fiscal dirigió escrito a la Sala formulando protesta por haberse impedido y negado inmotivadamente la presencia e intervención de la representación del Ministerio Fiscal en la práctica de las exploraciones de las menores y solicitando que se declarase su nulidad en virtud del artículo 238.3 LOPJ, así como que se efectuase un nuevo señalamiento para llevarlas a cabo con la efectiva intervención de dicho Ministerio.

⊙ Por Auto de 17 de abril de 2001 la Sala acordó no haber lugar a declarar la nulidad solicitada por el Fiscal, sin perjuicio de tener por formulada su protesta.

⊙ El Fiscal interpuso recurso de reposición contra el Auto de 17 de abril de 2001. Por Auto de 5 de junio de 2001 la Sala desestimó el recurso de reposición reiterando los argumentos expuestos en el Auto recurrido.

⊙ En la vista del recurso de apelación, celebrada el 13 de septiembre de 2001, el Ministerio Fiscal formuló protesta «por vulneración de derechos al amparo de los artículos 24 y 124 de la Constitución para un posible recurso posterior de amparo», protesta de la que se dejó constancia en el acta.

⊙ El 27 de septiembre de 2001 la Sala dictó Sentencia estimando parcialmente el recurso de apelación, revocando en parte la Sentencia apelada y disponiendo que las menores quedaran en compañía y bajo la guardia y custodia del padre, como ya lo venían haciendo en virtud del Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 10 de Tarragona de 20 de marzo de 2001. La Sentencia fue notificada al Fiscal el día 26 de octubre de 2001.

⊙ El 20 de noviembre de 2001 el Fiscal promovió incidente de nulidad de actuaciones, *ex* artículo 240.3 LOPJ contra la Sentencia dictada en apelación. Fundó su pretensión en la incongruencia omisiva en que a su juicio incurría la Sentencia «al no pronunciarse ésta sobre la protesta que formuló el Ministerio Fiscal en el acto de la vista de la vulneración del artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 124 del mismo Texto Legal, invocación que es recogida en el antecedente de hecho 2.º de la Sentencia, pero sobre la cual el Tribunal no ha dado la oportuna respuesta».

⊙ Por providencia de 19 de noviembre de 2001, notificada al Fiscal el 23 de noviembre de 2001, la Audiencia Provincial acordó no admitir a trámite el incidente de nulidad «en tanto la Sentencia dictada por esta Sala no se trata de una resolución que no sea susceptible de recurso, *ex* artículo 240 LOPJ».

⊙ El 23 de noviembre de 2001 el Fiscal interpuso recurso de reposición contra la referida providencia, por providencia de 26 de noviembre de 2001 la Audiencia Provincial de Tarragona declaró no haber lugar a admitir el recurso de reposición del Fiscal, toda vez que no cabe recurso alguno contra la resolución que inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones. Sin perjuicio de ello se advierte que no existe incongruencia omisiva alguna en la Sentencia, pues el Ministerio Fiscal no hizo ninguna petición en el acto de la vista, sino que se limitó a formular protesta, que se hizo constar en el acta, por vulneración de derechos *ex* artículos 24 y 124 CE para un posible posterior recurso de amparo y dicha protesta se recogió en el antecedente de hecho segundo de la Sentencia.

⊙ El Ministerio Fiscal interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que declaró la nulidad de los Autos de 17 de abril de 2001 y 5 de junio del 2001 dictados por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona en el recurso de apelación núm. 618-2000, interpuesto contra la Sentencia dictada en el juicio de divorcio núm. 21-2000 por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 10 de Tarragona

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se aduce en la demanda de amparo para sustentar la queja, en síntesis, que la negativa de la Sala a permitir la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración de las menores vulnera el derecho del Ministerio Fiscal a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), que alcanza al propio interés de las menores, que el Fiscal ha de defender. Por ello interesa que se declare la nulidad de todas las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial desde que el Fiscal fue notificado del señalamiento de la exploración de las menores acordada en apelación, para que, reponiendo la Audiencia las actuaciones a aquel momento procesal, autorice al Ministerio Fiscal a intervenir en la exploración.

En el supuesto objeto de nuestro examen nos encontramos con un proceso matrimonial que afectaba indiscutiblemente a la esfera personal y familiar de dos menores, las cuales fueron oídas por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, derecho reconocido, además, por el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (expresamente invocada en el artículo 3 de la citada Ley Orgánica), así como en el artículo 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, aunque este instrumento, incorporado a la parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, carece de momento de eficacia jurídica vinculante.

La Audiencia Provincial, en efecto, acordó mediante Auto de 12 de marzo de 2001 la exploración de las menores para conocer su opinión sobre la conveniencia de atribuir su guarda y custodia a uno u otro de los progenitores, exploración que tuvo lugar en la fecha señalada (21 de marzo de 2001) a puerta cerrada y en presencia exclusivamente de los miembros del Tribunal, no permitiéndose la presencia e intervención del representante del Ministerio Fiscal, lo que motivó que éste presentara al día siguiente escrito ante el Tribunal alegando lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) por habérsele denegado su intervención en la exploración de las menores y solicitando la nulidad de dicha diligencia para que se practicase de nuevo con su presencia e intervención en la misma.

Esta petición del Fiscal fue denegada por Auto de 17 de abril de 2001, confirmado en reposición por Auto de 5 de junio de 2001. La Audiencia fundamenta su negativa a permitir la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración de las menores en una serie de argumentos que pasamos a analizar.

Sostiene la Audiencia, por una parte, que el Ministerio Fiscal ha ido contra sus propios actos, porque en la primera instancia, en la que la exploración de las menores también se practicó de forma reservada y sin la intervención del Fiscal, éste no formuló objeción o recurso alguno contra tal decisión, por lo que se rechaza que pueda en segunda instancia alegar indefensión por no habérsele dado intervención en la nueva exploración de las menores.

Debe recordarse que «la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire factum propium*, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos» (SSTC 73/1988, de 21 de abril, FJ 4, y 198/1988, de 24 de octubre, FJ 2), si bien «ninguna conexión guarda dicha doctrina con el cuadro de los derechos fundamentales y libertades públicas» protegibles en vía de recurso de amparo (STC 205/2001, de 15 de octubre, FJ 6). De este modo el órgano judicial no puede oponer la doctrina de los actos propios a la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión con base en la supuesta inactividad del Fiscal en la primera instancia, pues la doctrina de los actos propios no sana la lesión de derechos fundamentales, a lo que cabe añadir que la indefensión que se invoca por el Fiscal trasciende el mero interés procesal de éste como parte, pues afecta al interés público y al interés prevalente de las menores, en cuyo beneficio se postula la intervención preceptiva del Fiscal en el proceso, como ya quedó indicado.

Por lo mismo, resulta irrelevante que la diligencia de exploración de las menores en segunda instancia fuese inicialmente solicitada por el padre de las menores, y no por el Ministerio Fiscal, quien se limitó a manifestar su conformidad a que se practicase dicha diligencia, pues es claro que, aun en caso de que nadie hubiera solicitado la exploración de las menores, al tratarse de un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de éstas, las cuales, por la edad que tenían en aquel momento, gozaban del juicio suficiente para deber ser oídas en el procedimiento (artículo 9 de la Ley de protección jurídica del menor), la Audiencia venía obligada a otorgar un trámite específico de audiencia a las menores antes de resolver el recurso de apelación, de conformidad con nuestra doctrina al respecto (por todas, SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5, y 152/2005, de 6 de junio, FJ 3).

Aduce asimismo la Audiencia, para justificar su rechazo a la intervención del Fiscal en la exploración de las menores, que el respeto a la intimidad de éstas obligaba a realizar la diligencia de exploración «de forma reservada, esto es, sin la asistencia de las partes, cuya presencia –no puede negarse– supondría además una falta de libertad nada deseable de las menores, a las que ya el mero hecho de comparecer en el Juzgado las aturde». Sin embargo, tal razonamiento no puede justificar desde la perspectiva constitucional la decisión del órgano judicial de excluir al Fiscal de intervenir en la exploración de las menores, pues los artículos 138.2 y 754 LEC permiten, en efecto, celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, esto es, sin asistencia de las partes (sin perjuicio de que la comparecencia del menor pueda realizarse de otro modo, cuidando siempre de preservar la intimidad del menor, como señala el artículo 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor), pero tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (artículo 749.2 LEC) de forma imparcial (artículos 124.2 CE y 2.1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (artículo 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor).

No basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores –como se sostiene en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001–, sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias.

En consecuencia, la Audiencia Provincial lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor en el proceso del interés superior de las menores al rechazar su intervención en la diligencia de exploración de aquéllas. Y como quiera que el fundamento de esta decisión, expresado en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001, no satisface,

por las razones expuestas, el derecho a una resolución fundada en Derecho, como exige nuestra doctrina, de modo que no constituyen «expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma» (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4, y 70/2005, de 4 de abril, FJ 3, por todas), también desde esta perspectiva ha de declararse vulnerado el artículo 24.1 CE.

Si bien la reparación de la vulneración del derecho garantizado por el artículo 24.1 CE, tanto en su vertiente de derecho a una resolución fundada en Derecho, como a que ésta se preste sin indefensión, requiere normalmente, además de la declaración de la vulneración misma, la anulación de la resolución judicial causante de dicha vulneración y la retroacción de actuaciones a los efectos de la subsanación de la indefensión producida o de que el órgano judicial efectúe un nuevo pronunciamiento fundado razonablemente en Derecho, en un caso como el presente la estimación del amparo ha de tener como efecto exclusivamente el reconocimiento del derecho de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado y la nulidad de los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001 [artículo 55.1.a) y b) LOTC], toda vez que, en el presente, las dos menores afectadas en su momento por la exploración en el proceso matrimonial entablado entre sus padres ya son mayores de edad, por lo que carece de sentido retrotraer las actuaciones, como postula el Ministerio Fiscal, al momento de celebrarse la diligencia de exploración.

No existe ninguna vulneración del derecho a la igualdad al impedir al contribuyente divorciado reducir de la base imponible el importe de las anualidades satisfechas a favor de los hijos en cumplimiento de la sentencia judicial.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 33/2006, DE 13 DE FEBRERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José Enrique interpuso cuatro recursos de amparo contra las Sentencias de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de noviembre de 1999 (dos), 31 de enero de 2001 y 9 de enero de 2002, desestimatorias de los recursos contencioso-administrativos núms. 655/1997, 656/1997, 685/1998 y 431/1999 interpuestos contra otras tantas Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 15 de octubre de 1996 (dos), 18 de diciembre de 1997 y 26 de octubre de 1998, que desestimaban las reclamaciones núms. 1538/1995, 1539/1995, 6243/1996 y 3836/1997, respectivamente, presentadas contra cuatro Acuerdos del Administrador de Pozuelo de Alarcón de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de fechas 30 de noviembre de 1994 (dos), 28 de febrero de 1996 y 20 de enero de 1997, en materia de impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente a los ejercicios 1992, 1993, 1994 y 1995. La parte demandante entiende que dichas resoluciones judiciales han vulnerado su derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE.

⊙ Don José Enrique, divorciado legalmente, está sometido al convenio regulador aprobado por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid de 18 de junio de 1991. Con base en dicho convenio resultaba obligado a abonar a su ex cónyuge la cantidad de 100.000 pesetas mensuales, como pensión compensatoria, y 200.000 pesetas mensuales, como pensión de alimentos para sus tres hijos, cuya guarda y custodia quedó atribuida la madre. Así, a lo largo de los ejercicios 1992, 1993, 1994 y 1995 abonó, en concepto de pensión compensatoria, 1.244.000 pesetas, 1.300.182 pesetas, 1.378.420 pesetas y 880.821 pesetas, respectivamente, y, en concepto de pensión de alimentos, 2.488.000 pesetas, 2.600.364 pesetas, 2.755.904 pesetas y 3.865.051 pesetas, respectivamente.

⊙ Practicadas las autoliquidaciones correspondientes al impuesto sobre la renta de las personas físicas de los ejercicios 1992, 1993, 1994 y 1995, el recurrente se dedujo de la base imponible las cifra de 1.244.000 pesetas (1992), 1.300.182 pesetas, (1993), 1.378.420 pesetas (1994) y 880.821 pesetas (1995), en concepto de pensión compensatoria, resultándole una cuota negativa a devolver en el primer ejercicio de 425.763 pesetas, en el segundo, de 408.968 pesetas a ingresar, en el tercero, de 182.953 pesetas a devolver, y en el cuarto, una cuota diferencial a ingresar de 1.776.299 pesetas.

⊙ Con fecha de 29 de septiembre de 1994 (dos), 29 de noviembre de 1995 y 20 de noviembre de 1996, presentó cuatro solicitudes de rectificación de sus autoliquidaciones ante la Administración de Pozuelo de Alarcón a los efectos de que la base imponible de cada ejercicio fuese minorada también en las cifras de 2.488.000 pesetas (1992), 2.600.364 pesetas (1993), 2.755.904 pesetas (1994) y 3.865.051 pesetas (1995), correspondientes a las pensiones de alimentos satisfechas a los hijos. Dichas peticiones de rectificación le fueron denegadas mediante Acuerdos de 30 de noviembre de 1994 (dos), 28 de febrero de 1996 y 20 de enero de 1997 del Administrador de Pozuelo de Alarcón de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

⊙ Contra los anteriores acuerdos el recurrente en amparo presentó las correspondientes reclamaciones ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid (núms. 28/01539/1995, 28/01538/1995, 28/06243/1996 y 28/03836/1997, respectivamente), invocando la vulneración del principio de igualdad previsto en el artículo 14 CE. Las citadas reclamaciones fueron desestimadas mediante Resoluciones con fecha de 15 de octubre de 1996 (dos), 18 de diciembre de 1997 y 26 de octubre de 1998.

⊙ Don José Enrique interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Entiende el recurrente, invocando el artículo 14 CE, que la aplicación del artículo 71.2 de la Ley 18/1991 determinaría una discriminación de los separados legalmente o divorciados obligados a satisfacer una pensión compensatoria a su ex cónyuge y anualidades por alimentos a sus hijos frente a quienes se encuentran en una de las siguientes situaciones: en primer lugar, frente a los divorciados que –como su ex cónyuge– por tener atribuida la guarda y custodia de los hijos pueden optar por la tributación conjunta (artículo 86 de la Ley 18/1991) y aplicar las deducciones familiares (artículo 78 de la Ley 18/1991); en segundo lugar, frente a los separados de hecho (esto es, quienes no han obtenido la separación judicial), los cuales, pese a que no convivan con sus hijos, pueden también acogerse a la tributación conjunta y practicarse las citadas deducciones; en tercer lugar, frente a los perceptores de los alimentos (los hijos), quienes no sólo no tributan por las anualidades percibidas (por estar exentas en virtud del artículo 9 de la Ley 18/1991), sino que, además, pueden presentar declaración conjunta con el progenitor que tiene atribuida su custodia, aplicándose la tarifa más beneficiosa del artículo 91 de la Ley 18/1991 y, en cuarto lugar, frente a los pagadores de pensiones de alimentos a otros parientes que no son los hijos, que, conforme al artículo 71.2 de la Ley 18/1991, pueden reducir su base imponible en el importe de las cantidades satisfechas por tal concepto. Finalmente, el recurrente en amparo alega un trato discriminatorio por razón de sexo, discriminación que atribuye al hecho de que la práctica totalidad de los pagadores de pensiones compensatorias y de alimentos tras un proceso de separación o divorcio son hombres.

Tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, tras precisar que la demanda de amparo se dirige en realidad contra el citado artículo 71.2 de la Ley 18/1991 solicitan que se desestime el recurso de amparo porque, a su juicio, ninguno de los términos de comparación son válidos para ilustrar las discriminaciones denunciadas.

2. Antes de entrar a analizar la cuestión de fondo planteada en los recursos de amparo procede determinar el objeto del mismo. Y a este respecto debemos señalar que, pese a que el demandante fundamenta la discriminación denunciada, no sólo en la obligación que tiene *ex* artículo 71.2 LIRPF de tributar en el impuesto por las rentas que dedica a satisfacer las anualidades por alimentos a sus hijos, sino también en la prohibición de acogerse a la tributación conjunta que establece el artículo 87 LIRPF y en la imposibilidad que tiene de practicar-

se las deducciones familiares previstas en el artículo 78 LIRPF, nuestro enjuiciamiento debe contraerse al inciso del citado artículo 71.2 de la Ley 18/1991 que exceptúa de las pensiones de alimentos reducibles de la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas «las fijadas a favor de los hijos del sujeto pasivo».

Y es que, como se deduce de los antecedentes, el recurrente en amparo nunca ha reclamado en plazo ante la Administración tributaria que se le permitiera optar por la declaración conjunta con sus hijos ni practicar las deducciones familiares previstas en el artículo 78 de la Ley 18/1991. En efecto, tras presentar las autoliquidaciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas en los ejercicios 1992 a 1995, el obligado tributario solicitó la rectificación de las mismas reclamando única y exclusivamente que la base imponible de cada uno de los citados períodos impositivos fuera reducida en los importes de las anualidades de alimentos satisfechas a sus hijos. Frente a los Acuerdos denegatorios de dicha solicitud el recurrente formuló reclamaciones económico-administrativas ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid que discurrían en la misma línea, como también los procesos que agotaban la vía judicial previa necesaria –artículo 43.1 LOTC– en cuyas demandas se suplicaba «que se liquide el tributo en cuestión permitiendo al reclamante reducir la parte regular de la base imponible en las anualidades por alimentos satisfechas a sus hijos por decisión judicial». En fin, incluso en estos procesos de amparo el recurrente concluye indicando que «todos los anteriores reproches de inconstitucionalidad se eliminarían o quedarían anulados si se decretara la inaplicación de la expresión «... con excepción de las fijadas a favor de los hijos del sujeto pasivo...» del artículo 71.2 de la Ley 18/1991».

En definitiva pese a que, en los argumentos jurídicos esgrimidos con anterioridad el recurrente extiende también sus quejas a la imposibilidad tanto de optar por la tributación conjunta con sus hijos como de practicarse las deducciones familiares, es lo cierto, como señalábamos en la STC 57/2005, de 14 de marzo, FJ 2, «que la única pretensión perseguida por la parte actora desde el principio ha sido la de obtener el reconocimiento de su derecho a reducir la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio ... en el importe de las pensiones por alimentos satisfechas a los hijos por decisión judicial, sin que en ningún momento haya reclamado la posibilidad de acogerse a la modalidad de tributación conjunta con sus hijos prevista en el artículo 91 de la Ley 18/1991 (a los efectos de aplicarse la tarifa prevista para este tipo de tributación) o de aplicarse en la cuota las deducciones previstas en el artículo 78 de la citada norma legal (familiares, por gastos de enfermedad y por gastos de custodia de niños). Siendo esto así, es evidente que excede del objeto del presente recurso de amparo la diferencia de tratamiento tributario que la normativa reguladora del impuesto dispensa al padre o madre que convive con sus hijos en el hogar familiar (al que permite tanto presentar una declaración conjunta con sus hijos como practicar determinadas deducciones familiares) respecto del progenitor que, aun no conviviendo con ellos, coadyuva a su mantenimiento mediante el abono de las citadas anualidades por alimentos (al que impide tanto lo uno como lo otro)».

3. Fijados los límites del debate, procede seguidamente dar respuesta a cada una de las objeciones que configuran el objeto del proceso. Y a este respecto debe precisarse, ante todo, que el recurrente considera que las resoluciones impugnadas y, en última instancia, el artículo 71.2 de la Ley 18/1991, vulneran el principio de igualdad reconocido tanto en el artículo 14 como en el artículo 31.1, ambos CE. Pues bien, dado que la presunta vulneración del principio de igualdad se fundamenta en el diferente tratamiento que, desde la perspectiva del deber de contribuir, atribuye el legislador a idénticas manifestaciones de riqueza, es evidente que el presente recurso de amparo debería situarse, en primer lugar, en el ámbito del artículo 31.1 CE, precepto que, como venimos afirmando, conecta de manera inescindible la igualdad con los principios de generalidad, capacidad, justicia y progresividad (entre otras, SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4; y 46/2000, de 17 de febrero, FJ 4); artículo cuya vulneración no es susceptible de amparo ante este Tribunal, a tenor de lo dispuesto en los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC.

No obstante lo anterior, es igualmente evidente que las razones por las que, según la demanda de amparo, el artículo 71.2 de la Ley 18/1991 establece la discriminación denunciada, no son de naturaleza objetiva sino de carácter subjetivo, pues lo determinante para el diferente trato desde el punto de vista del deber de contribuir (la procedencia o no de la deducción en la base imponible) es, en última instancia, su estado civil, su condición de progenitor y su sexo. En este sentido, tal y como hace el recurrente y aceptan tanto el Abogado del Estado como el Ministerio público, y vinimos a reconocer en las SSTC 1/2001, de 15 de enero, y 57/2005, de 14 de marzo, el proceso constitucional que enjuiciamos debe asimismo situarse en la esfera del artículo 14 CE que sí puede ser objeto de amparo.

Sentado lo anterior, procede recordar «que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el principio de igualdad «ante o en la Ley» impone al legislador el deber de dispensar un mismo tra-

tamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable, o que resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios o juicios de valor generalmente aceptados, además de que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deban ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos [entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3; 152/2003, de 17 de julo, FJ 5.c), y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3]» (STC 57/2005, de 14 de marzo, FJ 3).

4. Destacando que, como ya hemos dicho, la posibilidad o imposibilidad de tributación conjunta o de las deducciones familiares o por gastos médicos de los hijos son ajenas a la cuestión planteada en estos autos –deducción de las anualidades alimenticias pagadas a los hijos en virtud de decisión judicial, *ex* artículo 71.2 de la Ley 18/1991–, hemos de señalar que la comparación de la situación del recurrente (divorciado con hijos que conviven con su ex cónyuge) con la de los separados de hecho –que convivan o no con sus hijos– y la de los divorciados –que convivan con los hijos– no es idónea para ilustrar la discriminación que se denuncia, dado que ninguno de ellos, conforme a la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas, puede minorar su base imponible en el importe de la renta aplicada durante el ejercicio al sostenimiento de los hijos. Como dijimos en la STC 1/2001, de 15 de enero, «por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de «prestar asistencia de todo orden a los hijos» –asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos– con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (artículo 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio [artículo 92 (del Código Civil)], o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (artículos 110 y 111, *in fine*, CC); «alimentos» que, conforme al artículo 142 CC, incluyen el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos, y que deben satisfacerse en medida «proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe» (artículo 146 CC)» (FJ 3).

Por otro lado, añadíamos en la citada Sentencia que siendo el de alimentar a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio un deber constitucional de todos los padres, «al excluir la posibilidad de que los padres que deben satisfacer pensiones de alimentos en favor de sus hijos por resolución judicial puedan deducir la cuantía de las mismas en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, como señala el Abogado del Estado, el artículo 71.2 de la Ley 18/1991 no hace otra cosa que equiparar la situación de aquéllos a la de todos los padres que –por imperativo constitucional (artículo 39.3 CE) y legal (artículos 110, 111 y 143 CC)–, han de sufragar los gastos que ocasiona la manutención y educación de sus hijos sin que exista una decisión judicial que se lo imponga» (FJ 3).

Igualmente, apuntábamos a este respecto en la STC 57/2005, de 14 de marzo, que «admitir lo contrario, esto es, reconocer exclusivamente a los padres alimentantes que no conviven con sus hijos el derecho a reducir de la base imponible del tributo el coste de su manutención sería tanto como establecer un privilegio fiscal discriminatorio frente al genérico deber de contribuir del artículo 31.1 CE, sin una justificación que, desde el punto de vista constitucional, lo legitime. No debemos olvidar que, conforme a nuestra doctrina, «la exención o la bonificación –privilegio de su titular– como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria (artículo 31.1 CE), en cuanto que neutraliza la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho generador de capacidad económica, sólo será constitucionalmente válida cuando responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.) quedando, en caso contrario, proscrita, pues no hay que olvidar que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando "se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el artículo 31" (STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 81; STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7)» (FJ 4).

En consecuencia, concluíamos en la STC 57/2005, de 14 de marzo, que «habiendo optado el legislador tributario por no permitir la deducción de aquel coste en la base imponible, lo ha hecho dispensando un trato igualitario a todos los progenitores que, *ex Constitutione*, deben concurrir al sostenimiento de sus hijos, puesto que a ninguno de ellos permite reducir su base imponible en lo que podría denominarse como coste de mantenimiento de los mismos» (FJ 4).

5. Por otro lado, la queja relativa al pretendido trato discriminatorio que el legislador dispensa a las personas que, por decisión judicial, tienen que abonar pensiones de alimentos a los hijos

–que, conforme al artículo 71.2 LIRPF, no pueden deducirse en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas–, frente a quienes satisfacen pensiones de alimentos a los familiares distintos de los hijos –que, de acuerdo con el citado precepto, admiten la deducción– ya ha sido resuelta por la Sentencia 57/2005, de 14 de marzo, FJ 5, subrayando que «además de que el deber de alimentos para con los hijos menores viene establecido expresamente en la Constitución, circunstancia que no acontece con las restantes pensiones que venimos examinando, que constituyen un deber impuesto legalmente, el fundamento, la finalidad y los criterios de determinación de cada una de ellas son claramente diferentes».

Y así, señalábamos que (FJ 6) «por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes –el otro elemento de comparación alegado–, su fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o «para subsistir» (artículo 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos –cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (artículo 143 CC)–, se abona sólo «desde la fecha en que se interponga la demanda» (artículo 148 CC), y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (artículo 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (artículo 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos. En este sentido, no es irrazonable sostener, como hace el Abogado del Estado, que el legislador ha considerado que, mientras que los alimentos a los parientes, en tanto que sólo se satisfacen como consecuencia de una demanda presentada por éstos y tras la correspondiente resolución judicial, constituyen un gasto de carácter extraordinario cuya deducción resulta procedente, los alimentos a los hijos suponen un gasto corriente o mero consumo de renta que, como ocurre con las restantes aplicaciones de renta, no tienen por qué generar un derecho a su reducción de la base imponible del impuesto».

Y añadíamos que «tampoco coincide la finalidad en una y otra pensión: si en la de alimentos a los parientes ha de facilitarse el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, esto es, «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica» (artículo 142 CC), ya hemos dicho que la de alimentos a los hijos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad».

En último término señalábamos que «tampoco la forma de determinación es la misma, pues si la pensión a otros parientes se determina en función de lo que éstos necesiten estrictamente para subsistir (artículo 142 CC), los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento» (artículo 93 CC) hasta el punto de financiar no sólo los gastos ordinarios de su mantenimiento sino también los de carácter extraordinario (tales como actividades extraescolares, etc.)».

6. Tampoco cabe aceptar como término de comparación válido para justificar la vulneración del artículo 14 CE el de los hijos que, pese a que perciben las anualidades de alimentos, no deben computarlas en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas por estar exentas en virtud del artículo 9.1.k) de la Ley 18/1991. En definitiva, lo que el recurrente viene a reclamar es que, dado que con el pago de la anualidad de alimentos a los hijos se estaría produciendo «un traslado de capacidad económica» del pagador a los perceptores, sean éstos quienes soporten la tributación sobre aquellas rentas. Sin embargo, existen varios motivos que impiden acoger la citada alegación.

A este respecto hay que señalar, en primer lugar, que como señala el Abogado del Estado, la exención prevista el artículo 9.1.k) de la Ley 18/1991 tiene su fundamento sin lugar a dudas en la protección integral de los hijos que reclama la Constitución, esto es, en la obligación que, conforme al artículo 39 CE, tienen los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (apartado 1), y los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (apartado 2). En segundo lugar, no es correcto afirmar que con el abono de las anualidades de alimentos de los padres a los hijos exista una traslación de capacidad económica entre ellos, dado que, en realidad, lo que se produce en estos casos es una mera aplicación de renta en cumplimiento del citado deber constitucional. Finalmente, no puede soslayarse que, conforme a la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas, esa aplicación de renta necesaria para cubrir los gastos de subsistencia de los hijos –que, como hemos visto, es obligación de todos los padres, tengan o no atribuida la guarda o custodia, sin que ninguno pueda deducírsela de su base imponible– no genera en ningún hijo, convivan o no con sus padres, la obligación de computar en la base imponible del impuesto renta alguna derivada de aquella aplicación. En este sentido, admitir, como reclama el recurrente, que las cantidades aplicadas a la manutención de los hijos a través del abono de las anualidades por alimentos deban ser gravadas en la persona de los perceptores, supondría discriminar a los hijos que perciben pensiones de alimentos de padres separados o

divorciados frente a los hijos cuyos padres sufragan directamente su mantenimiento (sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, etc.)

7. En último lugar, debe rechazarse el trato discriminatorio por razón de sexo que el recurrente fundamenta en la circunstancia de que en España la práctica totalidad de los pagadores de pensiones por alimentos a los hijos tras un proceso de separación o divorcio son los hombres, administrando la mujeres las rentas que perciben los hijos sin soportar carga tributaria alguna.

Debe precisarse ante todo que el recurrente parte de dos premisas erróneas. La primera, la de que únicamente el pagador de las anualidades por alimentos –en este caso, el padre– es quien asume el coste de mantenimiento de los hijos. Ya hemos tenido ocasión de aclarar que «también la esposa del recurrente está obligada a contribuir con sus bienes e ingresos a los gastos precisos para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de la hija, elementos todos ellos que, conforme al artículo 142 CC, se integran en el concepto «alimentos». Como señala la legislación civil, en efecto, es el convenio regulador aprobado judicialmente el que establece la contribución a los alimentos de cada padre [artículo 90.c) CC]; concretamente, el artículo 93 CC 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, contribución que, de conformidad con el artículo 146 CC, deberá ser «proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe» (artículo 146 CC). En definitiva, por imperativo legal, tanto quien nos demanda amparo como su ex esposa tienen el deber de mantener a la hija de ambos, obligación que debe concretarse en el convenio de separación matrimonial aprobado por el Juez, quien, por exigencia legal, ha de tener en consideración tanto las necesidades del alimentista como los medios de que disponen cada uno de los obligados a dar alimentos» (STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 3).

También es incorrecta la premisa de que la ex esposa del recurrente, pese a que recibe el importe de la pensión alimenticia de los hijos, no soporta gravamen alguno sobre dichas rentas. Como también hemos oportunidad de precisar, no es la ex esposa del recurrente, sino los hijos de ambos, los que perciben la pensión por alimentos, con independencia de que sea aquélla la que administre dicha pensión en tanto que es quien está al cuidado de los hijos [artículos 90.a), 92 y 103.1 del Código civil]. Obviamente, siendo los hijos del recurrente los últimos destinatarios de la pensión alimenticia, pensión que la Ley 18/1991 califica como rendimiento del trabajo personal [artículo 25.q)] exento de tributación [artículo 9.k)], «la pretensión de que sea la persona encargada de su custodia por convenio aprobado judicialmente (la ex esposa del recurrente) la que tribute por la misma no se acomoda en absoluto al principio de capacidad económica constitucionalmente establecido en el artículo 31.1 CE» (STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 3).

Hechas las anteriores precisiones, no se puede apreciar la pretendida discriminación por razón de sexo, pues conforme a nuestra doctrina relativa a la «discriminación indirecta» (SSTC 41/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6; y 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7) –que es la que el recurrente viene a invocar–, para que ésta tenga lugar es necesario que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para los integrantes de uno y otro sexo, circunstancia que no se produce en este caso, dado que, como hemos señalado anteriormente, el artículo 71.2 de la Ley 18/1991, al excluir la posibilidad de que los padres que deben satisfacer pensiones de alimentos a favor de sus hijos por resolución judicial puedan reducir su base imponible en la cuantía de las mismas, «no hace otra cosa que equiparar la situación de aquéllos a la de todos los padres que –por imperativo constitucional (artículo 39.3 CE) y legal (artículos 110, 111 y 143 CC)– han de sufragar los gastos que ocasiona la manutención y educación de sus hijos sin que exista una decisión judicial que se lo imponga» (STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). En suma, la norma legal cuestionada no establece diferencia alguna que permita sostener una discriminación por razón de sexo, sino, antes al contrario, introduce una medida destinada precisamente a impedir la discriminación entre los progenitores, con independencia de su sexo y de la forma en que concurren al cumplimiento del deber constitucional establecido en el artículo 39.3 CE.

En definitiva, «es evidente que no se cumple con las exigencias de nuestra doctrina para poder apreciar la vulneración del artículo 14, en relación con el artículo 31.1, ambos de la Constitución, al ser condición indispensable que los términos de comparación que se aportan para ilustrar la desigualdad denunciada sean homogéneos, requisito esencial que, como hemos visto, no concurre en este caso» (STC 57/2005, de 14 de marzo, FJ 7), por lo que será procedente el pronunciamiento previsto en el artículo 53.b) LOTC.

FILIACIÓN

Declaración de paternidad acudiendo a las pruebas indirectas –cartas y testigos– ya que las muestras óseas que se extrajeron al padre fallecido fueron ineficaces para poder practicar la prueba biológica.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José Francisco otorgó testamento ante el Notario de Ortigueira en 4 de noviembre de 1965, en el que «en el caso de fallecer sin descendencia, instituye única y universal heredera en pleno dominio de todos sus bienes, derechos y acciones a su esposa doña Teresa».

⊙ Don José Francisco y doña Teresa estuvieron unidos en matrimonio, dictándose sentencia de separación el 30 de noviembre de 1979 por el Obispado de Lausana, Ginebra y Friburgo (Suiza), sentencia que fue inscrita en el Registro Civil de Ortigueira.

⊙ Don José Francisco, fallecido en 28 de enero de 1990.

⊙ Doña Ana formuló demanda de menor cuantía sobre filiación no matrimonial y nulidad de disposiciones testamentarias, contra doña Teresa y contra todas aquellas personas desconocidas e inciertas, siendo parte el Ministerio Fiscal, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia, que estimando la demanda, declare: «1.º) Que don José Francisco es el padre no matrimonial de la actora. 2.º) Que a la actora le corresponden los apellidos de paterno y materno. 3.º) Que las cláusulas Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta del testamento, son nulas y sin valor alguno. 4.º) Que doña Teresa, al estar separada del causante, no tiene derecho alguno a la cuota legal usufructuaria. 5.º) Que doña Ana, debe figurar en el testamento, con los apellidos Ana, como hija no matrimonial habida por el causante y doña Marta, e instituida como única, e instituida como única y universal heredera de don José Francisco. Condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, y al pago de las costas procesales, si se opusiesen a la demanda: y firme que sea esta sentencia, se acuerde: a) practicar la inscripción de la misma en el Registro Civil, al objeto de que, entre otros extremos, se inscriba el nacimiento de la actora como hija no matrimonial de don José Francisco y doña Marta. Librar mandamiento a la Notaría de Ortigueira, para que por el Sr. Notario se proceda a modificar el testamento otorgado por don José Francisco el 4 de noviembre de 1965 ante el Notario don Mario-Alfonso Calvo Alonso, anulando las cláusulas Segunda, Tercera y Cuarta, e insertando, en su lugar, los pronunciamientos judiciales, referidos a los apartados 1.º), 3.º), 4.º) y 5.º) del suplico».

⊙ Admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en término legal compareciere en autos. Y no habiendo comparecido fueron declarados en rebeldía.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia de Ortigueira dictó Sentencia el 18 de marzo de 1997 desestimando la demanda.

- En grado de apelación La Sec. 3.ª de la AP de A Coruña, dictó Sentencia el 24 de noviembre de 2000 estimando parcialmente el recurso y declarando que doña Ana es hija no matrimonial de don José Francisco, debiendo aquélla en lo sucesivo ostentar los apellidos Ana ...; así como que en el testamento otorgado por don José Francisco el 4 de noviembre de 1965, ante el Notario que fue de Ortigueira don Mario Alfonso Calvo Alonso, bajo el número 304 de su protocolo, se ha preterido a la actora, por lo que se declara que doña Ana es heredera de don José Francisco en dos tercios de su haber hereditario, correspondiendo el otro tercio de doña Teresa, no teniendo ésta derecho al usufructo viudal del tercio de mejora.

- Doña Teresa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción de los artículos 135 y 127 del Código Civil y de la jurisprudencia, citando las sentencias de 18 de marzo de 2000 y 24 de abril de 2000; se argumenta que en el caso sometido a debate no se dan los supuestos determinantes para declarar la filiación, tales como el reconocimiento, la posesión de estado, pues al carecer de prueba directa, como ya recoge la sentencia recurrida, entran en juego las presunciones del citado artículo. En la misma línea se desarrolla el motivo segundo en que se denuncia infracción del artículo 127 del Código Civil «ya que –dice– el reconocimiento de la paternidad que dicho precepto establece exige una prueba sin dudas, sin vacilaciones, y la sentencia recurrida declara la paternidad solicitada por la actora sobre valoraciones nada sólidas», añadiendo, «es la misma argumentación del motivo anterior, en el cual se puso en presencia el artículo 135 CC con el 127 del mismo Código»; esto obliga a dar una misma y única respuesta a ambos motivos.

Por lo que respecta a la infracción del artículo 135 del Código Civil –dice la sentencia de 17 de noviembre de 1997– la interpretación del mismo a la luz de la más reciente jurisprudencia de la Sala, vino a quedar compendiada en la doctrina recogida en la sentencia de 5 de abril de 1990, que declaró cuanto sigue: «Tras la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la filiación por la Ley de 13 de mayo de 1981 y en fiel concordancia de los principios sentados al efecto por la vigente Constitución Española, se ha consolidado ya una línea jurisprudencial, claramente superadora de actitudes restrictivas y formalistas, que proclama con acentuada unanimidad que los actuales artículos 127 y 135 del Código Civil establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de éstas, que no es otro que la defensa de los intereses prioritarios de los hijos. Tal principio de libertad en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración de las mismas por el Juzgador tiende, en definitiva, a buscar el principio de verdad material en el proceso, para lo cual resulta decisivo el último inciso del citado artículo 135, que alude a «otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo» frase que, sin duda, remite a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que específicamente menciona a aquel precepto: (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción)», y después de citar numerosas sentencias de esta Sala que avalan la doctrina expuesta, concluye esta sentencia de 17 de noviembre de 1997 afirmando que del conjunto jurisprudencial relacionado desprende que el artículo 135 establece criterios de gran amplitud acudiendo a presunciones *seu iudicis* para declarar o no la filiación reclamada.

En el mismo sentido se manifiesta la sentencia de 26 de septiembre de 1998: «el referido artículo 135, que hay que poner en relación con el 127, presenta un notorio carácter procesal, ya que autoriza a aportar medios probatorios adecuados, al poner a disposición de los juzgadores con plena libertad cuantas pruebas legales procedan (sentencias de 18 de febrero de 1992), a fin de que con base a las mismas puedan decidir sobre la filiación que se reclama», y continúa: «El precepto establece dos clases de pruebas, las directas, entre las que cabe incluir, si se presenta contundente, la heredobiológica, y las indirectas o presuntivas respecto a haber mediado relaciones sexuales entre los litigantes determinantes de la generación (sentencias de 29 de marzo y 20 de octubre de 1993, 16 de junio y 28 de julio de 1995, 7 de octubre de 1995 y 4 de julio de 1996)».

La doctrina jurisprudencial expuesta conduce a la desestimación de estos dos primeros motivos del recurso; el haber acudido el Tribunal de instancia a las pruebas indirectas que examina en su sentencia, a falta de las pruebas directas a que se refieren los artículos 135 y 127 del Código Civil, no supone infracción alguna de tales preceptos sino correcta acomodación a los mismos, independientemente de que la valoración de esos distintos medios probatorios por la Sala de instancias se adecue o no a las normas legales reguladoras de las mismas, cuestión a la que se refieren los motivos tercero y cuarto del recurso.

El motivo tercero denuncia infracción, por errónea interpretación del artículo 127 del Código Civil en relación con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1243 del Código Civil; se dice que «propuesta y practicada dicha prueba (se refiere a la prueba biológica) con resultado negativo para las pretensiones de la demanda, la sentencia recurrida la valora como de imposible realización, siendo así que al folio 70 de los autos consta literalmente lo verificado por el Departamento de Medicina Legal de la Universidad de Santiago, que no es, precisamente, lo que dice la sentencia, sino que la prueba se ha realizado sin resultado positivo, que es cosa distinta de lo expresado en la sentencia».

El motivo se apoya en una interesada y parcial lectura del informe emitido por el Instituto de Medicina Legal de la Universidad de Santiago de Compostela; dice este informe: «En relación con el Juicio de Menor Cuantía núm. 214/1994 sobre filiación no matrimonial y nulidad de disposición testamentarias que se sigue en ese Juzgado, fueron remitidos a este Instituto restos óseos de don José Francisco, para la realización de una prueba de paternidad. Ante el resultado negativo de los primeros análisis fue cambiada la técnica de extracción, fueron adquiridos nuevos equipos de extracción y hasta la actualidad fue repetida e intentada nuevamente sin resultado positivo alguno. En muestras óseas de antigüedad cabe esperar resultados negativos como el que hemos obtenido. El ADN se encuentra, en este caso, totalmente degradado y el análisis del mismo es infructuoso. La única posibilidad en el caso presente de realizar una prueba de paternidad es a través de los familiares del presunto padre. Cualquier familiar directo del mismo (un hijo indubitado o un hermano) proporcionarían un material seguro y en el que se podría realizar con éxito garantizado la prueba de paternidad propuesta. Lamentamos el resultado negativo y el tiempo utilizado para la emisión de este informe, que fue debido a la dificultad del proceso y a la gran cantidad de extracciones de ADN y métodos que hemos intentado para cumplir su encargo, desafortunadamente sin conseguirlo».

Es decir, el Instituto de Medicina Legal no establece, como conclusión de las pruebas realizadas, la exclusión de la paternidad de don José Francisco respecto a la actora, exclusión que, de ser así, tendría un grado de fiabilidad absoluto, sino que lo que sienta es la imposibilidad de llegar a una conclusión, afirmativa o negativa, acerca de la paternidad reclamada debido a la mala calidad del material genético obtenido de los restos óseos que le fueron entregados. Estamos, por tanto, ante un supuesto de falta de la prueba directa biológica y no ante una prueba biológica que haya dado un resultado negativo de la paternidad demandada, como pretende la recurrente. En consecuencia, se desestima el motivo.

El motivo cuarto consta de tres submotivos; en el primero de ellos se ataca la valoración de la prueba testifical, alegando infracción del artículo 1248 del Código Civil en relación con el artículo 659, sin citar el texto legal al que éste pertenece. El submotivo no prospera pues como dice la sentencia de 14 de julio de 2003, «esta Sala tiene declarado que el indicado artículo 1248 no es susceptible de ser invocado en casación ni en sí mismo, por su carácter admonitorio, ni en relación con el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues implica solamente una recomendación y carece de carácter preceptivo (sentencias de 15 de diciembre de 1994, cuya doctrina ha sido seguida por las de 14 de noviembre de 1998, 15 de marzo de 1996 y 28 de junio de 1995, entre otras muchas)».

El submotivo segundo entiende infringidos por la sentencia *a quo* el artículo 1225 del Código Civil en relación con los artículos 1281, párrafo 2.º y 1282 también del Código Civil. Adveradas pericialmente las cartas manuscritas aportadas con la demanda, la Sala de instancia no ha infringido el artículo 1225 del Código Civil, ya que no les ha atribuido a tales documentos una fuerza probatoria que no tengan reconocida por ley.

En cuanto a la interpretación que del contenido esas cartas hace el Juzgador de instancia, atendiendo a su literalidad, la misma es aceptada por esta Sala; es doctrina jurisprudencial reiterada la de que la interpretación de los contratos, criterio aplicable igualmente a la interpretación de documentos, es función que corresponde al Tribunal de instancia, sin que sea revisable en casación a no ser que sea absurda, ilógica y contraria a derecho, calificativos que no cabe atribuir a la realizada en la instancia en este caso. Y como dice la sentencia de 19 de septiembre de 2000, «la investigación de la voluntad, de la intención de las partes, tan sólo cabe, de conformidad al artículo 1281.2, si parecieren contrarias a tal intención las palabras expresadas, como señalan al respecto, entre otras muchas, las sentencias de 30 de marzo, 17 de julio y 18 de diciembre

de 1982»; en el caso no se da contradicción alguna entre la intención o voluntad del autor de las cartas y las palabras utilizadas sino que, al contrario, éstas evidencian cual fue su voluntad. En consecuencia se desestima el submotivo.

El submotivo tercero considera infringidos el artículo 1231 del Código Civil en relación con los artículos 1232 y 1223 del Código Civil y con el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a la puesta en cuestión de la capacidad de la demandada para prestar confesión, es de tener en cuenta que por su apoderado no se alegó en ningún momento la incapacidad de la demandada para absolver posiciones, sino solamente para acudir al Juzgado a practicar la prueba, que se practicó en el domicilio de aquélla sin que por el Magistrado que, asistido de la Secretaria, recibió esa confesión se hiciese constar incapacidad alguna en la confesante; llama la atención que el apoderado, dotado de un poder amplísimo otorgado unos meses antes de la práctica de la prueba, no haya acudido al Ministerio Fiscal poniendo en conocimiento del mismo esa presunta incapacidad (artículo 757.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000) sino que continúe interviniendo en representación de una persona a quien considera incapaz, incluso en este recurso de casación.

No ha procedido la Sala de instancia a dividir el contenido de la confesión en perjuicio de la confesante, sino que la ha examinado en totalidad conjugando las contestaciones que dio a las distintas posiciones que se le formularon, sobre hechos que le afectaban personalmente puesto que su condición de heredera en la herencia de su difunto esposo estaba sujeta al resultado del pleito. No resultan infringidos los preceptos que se citan en este tercer submotivo que se desestima.

De igual manera ha de desestimarse el motivo quinto del recurso en que se alega infracción del artículo 24.1 de la Constitución en relación con el artículo 39 de la misma, en el que se viene a atacar la valoración de la prueba de confesión con los mismos argumentos que en el submotivo tercero del motivo anterior así como la declaración de la sentencia *a quo* sobre el resultado de la prueba biológica. No se ha producido indefensión alguna a la demandada quien tuvo oportunidad de comparecer en autos formulando las alegaciones y proponiendo las pruebas que hubiera estimado conducentes a su defensa, sino que compareció ante la Audiencia una vez celebrada la vista del recurso de apelación.

El motivo sexto denuncia infracción del artículo 834 del Código Civil, en virtud del cual la sentencia recurrida niega a la demandada su derecho al usufructo vidual. El decreto de separación conyugal dictado por el obispado de Lausana, Ginebra y Friburgo, inscrito en el Registro Civil de Ortigueira, no contiene declaración alguna sobre culpa de los cónyuges en la causa de separación, por lo que es correcta la aplicación por el Tribunal de instancia del artículo 834 del Código Civil que sólo reconoce al cónyuge separado el derecho de usufructo sobre el tercio de mejora, concurriendo con hijos o descendientes del difunto, cuando estuvieren separados por culpa del difunto, culpa que ha de estar declarada en la sentencia de separación y que en este caso no consta. Por tanto, se desestima el motivo.

FILIACIÓN

Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad ejercitada, en base al artículo 131 del CC, por la que se atribuye la cualidad de nieta contra los herederos del presunto abuelo al faltar la constante posesión de estado.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Inmaculada interpuso demanda de menor cuantía contra don Javier, doña María José, y demás desconocidos e ignorados herederos de don Carlos, sobre reclamación de filiación extramatrimonial, solicitando que se dicte en su día sentencia en la que se declare la filiación de don Rafael

respecto de su padre biológico don Carlos, y cumulativamente se declare judicialmente que nuestra representada doña Inmaculada es nieta por línea paterna de don Carlos, con todos los efectos legales inherentes a tales declaraciones y costas.

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de los demandados, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte sentencia desestimando totalmente la demanda y absolviendo a mi poderdante de los pedimentos de la misma, con expresa condena en costas a la demandante».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Oviedo dictó Sentencia el 19 de septiembre de 2001 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Oviedo dictó Sentencia el 18 de septiembre de 2002, estimando en parte el recurso interpuesto por doña Inmaculada en el único extremo relativo al pronunciamiento de costas, el que se deja sin efecto y en su lugar se acuerda no hacer especial imposición en cuanto a las costas de 1ª instancia.

⊙ Doña Inmaculada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y escrito simultáneo de interposición de recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Inmaculada ejercita la acción de reclamación de filiación extramatrimonial prevista en el artículo 131 del CC alegando en síntesis que era hija de don Rafael, que a su vez era hijo de doña Clara y de don Carlos, quienes en la década de los años veinte habían sostenido una relación sentimental propiciada por el trabajo doméstico desarrollado por aquélla en la casa de la familia, y la diferencia de clases entre ambos progenitores había provocado que don Carlos nunca reconociera legalmente dicha paternidad aunque de hecho sí era tácitamente aceptada tanto por él como por el resto de su familia, para la que, durante su infancia, el citado don Rafael era un primo más; más tarde don Carlos había usado sus influencias para proporcionarle un empleo en el Ayuntamiento de Luarca y después para su posterior emigración a la isla de Cuba, donde ya estaba su madre; esa posesión de estado se había mantenido hasta los últimos años de don Carlos, momento en el que se enfriaron las relaciones entre ambos, continuando sin embargo con su viuda que les había ayudado económicamente en repetidas ocasiones; añadió que el parecido físico entre ambos era extraordinario y que ambos habían muerto a causa de la misma enfermedad de transmisión hereditaria.

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso de infracción procesal la parte recurrente lo basa en el dato derivado de la infracción cometida, según su opinión, en la sentencia recurrida del artículo 24 de la Constitución Española. Dicha infracción la concreta en dos puntos: a) la vulneración del derecho a la prueba, y b) la vulneración del derecho a obtener una sentencia congruente. Este recurso extraordinario debe ser desestimado.

En efecto, en relación al primer punto de la alegada vulneración a la prueba, dicha parte recurrente, la desarrolla en dos áreas hermenéuticas concretas: a) La prueba biológica de los restos cadavéricos del presunto padre fallecido en 1971 y b) la confesión de la codemandada María José.

Sobre ello hay que decir siguiendo al Ministerio Fiscal que dicha pretensión es insostenible y por las siguientes razones:

A) En cuanto a la prueba biológica su denegación no fue planteada como motivo de la apelación que, entre otros extremos, cifró la impugnación en el tema del error de hecho en la valoración de la prueba sobre la posesión de estado. Así lo señala el FJ 2, párrafo 4.º de la sentencia que, en consecuencia, no hizo pronunciamiento alguno sobre la ausencia de la prueba biológica, por lo que cabría entender que se plantea una cuestión nueva, no susceptible de ser objeto de discusión en esta sede procesal, como ha establecido la doctrina de esta Sala en materia de casación (SSTS de 30 de marzo y 12 de febrero de 2001).

Sin razonamiento alguno sobre al aplicación incorrecta de la regla de admisión de la prueba –no

cita norma alguna al respecto–, se limita a decir que de haberse practicado la prueba se hubiera conocido la verdad material y con ello sus pretensiones «hubieran encontrado acomodo legal en la sentencia», pues la «dificultad jurídica y técnica del derecho aplicable al caso no puede afrontarse con equilibrio sin la base de una realidad biológica constatada que demuestre que la demandante no ha mentido y ponga a cada uno en su sitio».

De suyo esto sería suficiente, en nuestra opinión, para determinar la desestimación de este motivo pues no compete a esta Sala subsanar los graves defectos de técnica y reconducir o, en suma, construir el recurso.

En otro orden de consideraciones, la inadmisión de la prueba biológica está amparada en una muy detallada motivación que, lejos de ser arbitraria, traduce una correcta interpretación y aplicación al caso de los requisitos de admisibilidad de la prueba establecidos en el artículo 283 LEC. En efecto, los Autos citados vinieron a declarar, en cuidadosa aplicación el principio de proporcionalidad, la impertinencia de la prueba biológica por su directa relación con la cuestión de la legitimación del demandante, tema previo y condicionante de las acciones de filiación que ejercitaba el actor. Desestimada en la instancia la demanda por ese motivo, la más elemental prudencia aconsejaba o anticipar una prueba que devendría inútil y aún perturbadora si se ratificaba el fallo apelado, máxime si señaló el tribunal quedaba abierta la posibilidad de ordenar la práctica de la prueba *ex* artículo 572.1 LEC caso de apreciar la legitimación del actor para reclamar la filiación.

B) En cuanto a la prueba de confesión de María José, aparte de que no se razona en qué medida el hecho de no haber sido practicada afectó a su derecho de defensa, desconoce u omite el recurrente que, como declaró la Audiencia, aquélla resultó de imposible realización. Consta en autos un informe médico no directamente impugnado por el recurrente (tampoco a su vista propuso otra pericia), que María José, de 94 años de edad, presentaba síntomas evidentes de un serio deterioro mental que afectaba a la memoria de los hechos pasados y a su orientación tempo-espacial lo que hacía inviable la posibilidad de que recordase hechos tan lejanos en el tiempo y de los que, además, no podría tener noticia dado que habrían ocurrido antes de su matrimonio con el presunto padre, de lo que resulta que la denegación de su práctica respondió a criterios harto razonables en cuanto basados no tanto en sus eventuales efectos sobre la propia confesante como en la seria y fundada probabilidad de que no pudiera aportar datos relevantes para la resolución del litigio.

2. Recurso de casación.

El único motivo del actual recurso de casación lo basa la parte recurrente en el artículo 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –por interés casacional– y lo desdobla en tres facetas. La primera, es la afirmación que dicha parte realiza y que es que en la sentencia recurrida se ha infringido el artículo 131 del Código Civil en relación al artículo 133.2.º de dicho Cuerpo legal, así como el artículo 14 de la Constitución Española. La segunda la fundamenta en que la sentencia recurrida también ha incurrido, según su opinión, en la infracción de las Disposiciones Transitorias Tercera y Sexta de la Ley 11/1981 de reforma del Código Civil. La tercera por incurrir la sentencia recurrida, sigue la opinión de la parte recurrente, en la infracción del artículo 92 de la Ley del Registro Civil en relación con el artículo 10 de la Constitución Española.

Dicho motivo y en su triple aspecto debe ser desestimado, asumiendo el Tribunal Supremo el informe del Ministerio Fiscal. En efecto, en relación al primer aspecto o submotivo alega el recurrente en su primer motivo que el fallo se opone a la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1991 que transcribe literalmente: «en tanto no se esclarezca judicialmente si existe o no existe la posesión de estado ha de entenderse que se está asistido de la legitimación activa negada, por lo que si luego durante el proceso se ha demostrado la falta de aquella posesión de estado, la consecuencia judicial será la desestimación, pero no por falta de presupuesto habilitante para la pretensión». Y, si es que puede deducirse de su confuso alegato, la contradicción con lo que llama doctrina jurisprudencial ha radicado en que la sentencia de la Audiencia ha acudido «a una determinación temporal de la norma que remite al artículo 118 del Código Civil antiguo», infringiendo «la obligación del precepto vigente (131 CC) y de la jurisprudencia que lo desarrolla al no entrar a valorar sobre el fondo de la demanda» que, dice finalmente, debe ser enjuiciada a tenor de los actuales artículos 131 y 133, párrafo segundo.

Con independencia de que una sola sentencia no forma doctrina jurisprudencial es un hecho manifiestamente evidente que no existe la contradicción denunciada. La cuestión de la posesión de estado formó parte de la cuestión litigiosa constituyéndose en objeto de prueba con resultado negativo según el *factum* de la sentencia de primera instancia aceptado expresamente en la de apelación por lo que, esclarecida judicialmente la inexistencia de la posesión de estado (STS de 8 de julio de 1991) la desestimación de la demanda devenía imperativa siguiendo la propia tesis de la sentencia del TS citada por la parte recurrente, y aún conforme al actual artículo 131 que el recurrente estima debió ser aplicado.

En cuanto al segundo submotivo que se apoya en las sentencias de esta Sala de 17 de marzo de 1995 y 24 de diciembre de 1996, aduce la infracción de las Disposiciones Transitorias Tercera y Sexta de la Ley de 1981 de reforma del Código Civil en materia de filiación. No explica el recurrente en qué medida la sentencia ha infringido las Transitorias Tercera y Sexta como tampoco dónde radica la contradicción con la doctrina jurisprudencial que cita. Parece, a la vista de la sentencia de 24 de diciembre de 1996, que la infracción lo es de la Disposición Transitoria Séptima y ha consistido en la selección y aplicación al caso de los preceptos del CC derogados por la ley de 1981. Aun admitiendo una cierta falta de claridad expositiva en el fundamento jurídico segundo del fallo que se recurre, el ajuste del fallo al principio de igualdad de trato entre los hijos ha sido correctamente aplicado al caso.

Sobre el efecto derogatorio de los preceptos del régimen de la filiación anterior a la reforma de 1981, en cuanto contrarios al principio de igualdad en materia de filiación, la Sentencia de esta Sala de 7 de julio de 2004 declaró que la vinculación del artículo 14 de la CE significaba que no se pueden «aplicar al caso normas o prohibiciones normativas que como las referentes a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales». Tales restricciones se encontraban en los artículos 137 y siguientes del CC, en su redacción anterior a la reforma de 1981, que reconocían al hijo natural acción para reclamar la paternidad o maternidad sujeta a un estricto régimen: rígido plazo de caducidad, posesión de estado o reconocimiento tácito, claramente diferenciador. En ese sentido, el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida declarada por el TC (STC 80/1982, de 20 de diciembre) tuvo como efecto, como señala la Audiencia, igualar a toda clase de hijos en la titularidad de la acción de reclamación.

En este caso, la demandante ejercitó la acción de declaración de filiación del vigente artículo 131 CC. Una norma *ex novo*, apenas sin correspondencia en el Derecho comparado, que legitima a terceros portadores de un interés legítimo para pedir se declare una filiación determinada por la constante posesión de estado. Como resulta de una interpretación sistemática, el régimen de las acciones de reclamación de la filiación –en esa línea se pronuncia la sentencia recurrida– diferencia entre las acciones que corresponden a los presuntos hijos o presuntos progenitores (artículos 132, 133, 134 CC) y las que se atribuyen a otras personas. Respecto de los primeros, y salvo el supuesto de sucesión prevista en el artículo 132, párrafo 2.º CC, la acción de reclamación es intransmisible *mortis causa*. En cuanto a los terceros, el artículo 131 CC conforma la acción de declaración de filiación –o de reconocimiento de filiación– atendiendo a la concurrencia conjunta de dos requisitos o elementos constitutivos; interés legítimo y posesión de estado.

Además, ha de tenerse en cuenta, de una parte, que la demandante postuló la declaración de filiación conforme al artículo 131 CC –fallecido el presunto padre en 1974 en situación de mayoría de edad no era aplicable el supuesto de sucesión en la acción previsto en el artículo 133, párrafo 2.º CC–, y de otra parte, que la sentencia de primera instancia, probada la inexistencia de la posesión de estado y sobre este hecho cuya inexactitud no ha sido impugnada en esta sede casacional se basó el fallo desestimatorio de la demanda, decisión que resulta ajustada tanto al antiguo régimen de la filiación como el actualmente vigente y, como se ha indicado antes, dictada en un correcto entendimiento de la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

Por último, y en relación al tercer submotivo en el que se proclama la infracción del artículo 92 de la Ley del Registro Civil del que dice derivar la exigencia de una «declaración de abuelidad (*sic*)» se presente obligatoriamente en la inscripción de nacimiento del presunto hijo.

No se entiende cómo el artículo 92 LRC que dice que las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario puede interpretarse en el sentido de que instituye una acción para declarar la relación parental abuelo-nieto, y que esa relación sea objeto de inscripción registral. Como se dice en la sentencia recurrida nuestro ordenamiento no reconoce esa clase de acción. La relación parental abuelo-nieto depende inexorablemente de la determinación legal o judicial del grado intermedio. No reconocida la filiación paterna reclamada, deviene imposible el reconocimiento de aquel vínculo parental.

PATRIA POTESTAD

Procede la privación de la patria potestad cuando, contando la menor con seis meses, el padre entrega su guarda a la entidad pública alegando que por razones laborales no podía hacerse cargo de ella, estando la madre ingresada en un psiquiátrico, y transcurridos más de dos años, no resuelve satisfactoriamente la situación familiar, sin que puedan ser obstáculo las posibles irregularidades habidas en la tramitación del expediente administrativo en cuanto a la solicitud de traslado de la menor al domicilio paterno con asistencia social de día en dicho domicilio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

María Rosario, nacida el 15 de abril de 1996, fue entregada por su padre, el 19 de noviembre del mismo año, al «Departamento de Acción Social, solicitando el internamiento de la misma, y la asunción de su guarda. Doña Beatriz, su madre, había ingresado el 15 de noviembre del mismo año en el Hospital Psiquiátrico de Zaldibar, presentando un trastorno esquizofrénico de tipo desorganizado, con un porcentaje de minusvalía del 48'5%, de carácter definitivo. Don Ricardo, el padre, manifestó que, por su situación laboral y horario de trabajo, no podía hacerse cargo de su hija, y que ésta estaba al cuidado de varios familiares, los cuales no podían continuar en esta situación por motivos laborales.

Por O. Foral 8484/96, de 20 de noviembre, se asumió la guarda de la menor hasta que cambiasen las circunstancias de los padres, acordando, a su vez, el acogimiento residencial por vía de urgencia en la UAS.

Por OF 5397/98, de 2 de julio, se asumió la tutela de la menor, previa declaración de ésta en situación legal de desamparo, en base a los siguientes motivos: Imposible cumplimiento de las obligaciones parentales: al parecer, la madre de la menor tiene una enfermedad mental que la incapacita para hacerse cargo de su hija. Inadecuado cumplimiento de las obligaciones parentales por parte del padre, al delegar el cuidado de la menor en la Administración, mostrando desinterés e incapacidad en la resolución de la problemática familiar, y Carencia de apoyo de la familia extensa. Durante el tiempo en que la menor ha estado ingresada no ha venido ningún familiar a visitarla. Al parecer, el único interés de los padres es que la menor esté internada en la Unidad de Acogida Social de forma indefinida, y poder visitarla cuando les convenga, evitando asumir las responsabilidades y deberes propios de la patria potestad, disponiendo de medios económicos para buscar soluciones alternativas, pero, al parecer, y sobre todo al padre, no les interesa.

La Excma. Diputación Foral de Bizkaia promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Ricardo y doña Beatriz en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Se prive a los demandados totalmente de la patria potestad sobre su hija biológica María Rosario, por causa del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, y con imposición de las costas del procedimiento y con todo lo demás que sea procedente en Derecho».

- Admitida a trámite la demanda y comparecidos los demandados, su defensa y representación legal 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 estime íntegramente la presente contestación a la demanda, con expresa imposición de costas a la contraparte».

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Bilbao dictó Sentencia el 6 de septiembre de 1999 estimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 22 de enero de 2001 estimando el recurso de apelación y revocando la sentencia, declarando que no ha lugar a la privación de la patria potestad de don Ricardo y doña Beatriz sobre su hija menor de edad, María Rosario.

- La Excma. Diputación Foral de Bizkaia y el Ministerio Fiscal interpusieron sendos recursos de casación que fueron estimados por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de la Audiencia Provincial basa su decisión de no privar a los padres de la patria potestad en que la medida debe de favorecer, en todo caso, a la menor, por lo que nunca la privación dicha debe suponer una sanción para los padres, y que, aunque está probado, y se acoge, que existen serias dificultades de dichos progenitores para cumplir sus deberes como tales sobre la hija menor, en cuyo bien se debe actuar y decidir, dados el trastorno esquizofrénico que afectaba a la madre, que parecía que se había estacionado en forma negativa últimamente, según informe reciente de una Psiquiatra, y de los serios problemas que afectaban al padre para resolver satisfactoriamente la situación familiar de su esposa e hija, adoptando en ocasiones actitudes ausentes, concluía que no se les podía privar de la patria potestad, dado el hecho de no cumplimentar en forma un requerimiento del Órgano Territorial vizcaíno para acogerse en su domicilio al Servicio de Asistencia de Día, y puesto que en él se había basado dicho Órgano para entender que de ello derivaba el desamparo de la menor frente a las Órdenes Forales emanadas del mismo, pues, por contra, constaba probado que los padres habían tratado de mantener contacto (visitas) con la niña durante toda la fase de internamiento, por lo que no entendía acreditado ese incumplimiento grave y continuo de los deberes paternos que exigía la jurisprudencia para poderse adoptar la medida de privación del derecho puesto en litigio.

Los recursos plantean la falta de ajuste legal de la Sentencia de la Audiencia pidiendo su revocación y la confirmación de la del Juzgado, por entenderla ésta más acorde con la legislación protectora en la materia, y a tal fin remarcan en los diversos motivos de dichos recursos los principios de protección indeclinable del menor, en todas sus facetas de progresión en la vida, con amparo en el *favor filii* como primordial, sin que ello suponga sanción civil para los padres (sí lo sería en vía penal, si se dieran, en la desatención, las notas o tipos del delito o ilícito penal), pero sí la necesidad de lograr o exigir la absoluta protección al menor si el desamparo o la desatención de los deberes legales de los padres, para con el hijo afectado, se han producido en forma grave, sirviendo ello como base para provocar su privación de la patria potestad y poder recurrir a otros sistemas que más favorezcan al menor (tutela, acogimiento externo, etc.) Para ello, en conjunto, citan, en amparo de sus coincidentes tesis, un conjunto de preceptos legales que sustentan tales medidas, como son, en principio, el artículo 170, en relación con el 154, ambos del C. Civil (aquél, en su actual redacción dada por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, para atemperarlo a sus principios), y también en esta Ley Orgánica, artículos 2 y 11, y a través de su aplicación interna por la vía del artículo 39.2 CE, que se remite a los Acuerdos Internacionales sobre Protección de los Derechos del Menor, en los artículos 3.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las NNUU, el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España. Son de destacar, para su aplicación al caso, estos últimos preceptos, diciendo así el primero de ellos que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración primordial a que a lo que se atenderá será el interés superior del niño», y el 9.1, dice, a su vez, que los Estados partes velarán por

que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, añadiendo que, no obstante «esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño». Ambos recurrentes citan, además, los derechos constitucionales que amparan al menor, y denuncian que los mismos han sido desatendidos en el presente supuesto, y que están recogidos en la CE: artículos 10.1 (sobre el libre desarrollo de la personalidad –paternidad responsable–), 15 y 27 (derecho a la educación, y a la formación física, moral e intelectual para una vida plena) y 39 (aseguramiento de la protección integral a los hijos, en todos los órdenes).

Asimismo, ambos Recursos aducen sobre la colisión de la doctrina jurisprudencial menor, derivada de la propia Audiencia de Bilbao en el caso, recordando que las Órdenes Forales que dictó la Diputación demandante-recurrente para proteger a la menor, afectaban a tres frentes: la núm. 5397/1998 (sobre la asunción de la tutela por la propia Administración), la 5472/1998 (de entrega en acogimiento preadoptivo con suspensión de las visitas de los padres) y la 8341/1998 (instancia judicial para la privación de la patria potestad, de la que deriva el actual proceso) y se recuerda que, respecto a la de tutela, se tramitó la oposición de los padres ante el mismo Juzgado núm. 5 de Bilbao, que denegó la impugnación, y la Audiencia, Sección 1.ª confirmó en apelación el Fallo de 1.ª instancia, quedando su resolución firme, y en ella se reconoció el desamparo grave de los padres a la menor, decisión que pugna frontalmente con la que es objeto del presente Recurso.

La Sentencia del Juzgado, en el presente asunto, remarca, en los hechos que declara probados (y antes recogidos), que existe el desamparo de los padres (por causas de inatención, forzada o impuesta por las circunstancias), habiendo sido aquél grave y reiterado, y su decisión, partiendo de tales hechos, se sustenta en los informes periciales obrantes en el expediente administrativo. Mientras que la Audiencia/Auztegia choca, en su decisión, frontalmente con tal decisión y aparte de unas consideraciones fácticas previas que hace, sobre que el régimen de visitas de los padres a la menor sí se dio, se culmina tal desacuerdo con lo que entiende ha ocurrido en el expediente referido, en el que se acordó instar la vía judicial para la privación de la patria potestad, y que el Juzgado no recoge, y es la voluntad mostrada por los padres de acoger el sistema propuesto de traslado de la niña al domicilio con asistencia social de día en el mismo, realizándose un «cierre» administrativo a la acción en tal sentido de los padres, a los que convocó para ser oídos a tal fin, produciéndose, según se dice, diversas comparecencias de los mismos, que no fructificaron, dado que, desconocedores los mismos del sistema, no aportaron a la primera reunión la documentación requerida, la pérdida del DNI por el padre en la segunda con su obligación de volver, por estar el personal administrativo de vacaciones, y que cuando regresaron, tras la tercera citación, tres días antes se produjo la decisión de la Autoridad de pedir (habían transcurrido 2 meses desde el inicio de esta «aproximación») la retirada judicial de la patria potestad, precisamente basada en la falta de atención e interés de los progenitores. Los recursos, en definitiva, quitan relevancia a estos incidentes, y tratan de que se contemple el «interés del menor», por encima de estas proclamadas deficiencias. Lo que no pueden hacer las recurrentes es tratar de subvertir los hechos que se tienen por probados por el Órgano judicial de decisión, pidiendo que se siga una determinada prueba, en sus resultados (pericial, concretamente), pues para ello, en el presente trámite casacional, debieron plantear la indebida valoración de la prueba, hecha por el Tribunal de instancia, como motivo adecuado para ello, denunciando las normas inaplicadas o tenidas en cuenta incorrectamente, y no lo han hecho.

Las dos sentencias hasta aquí dictadas, una en cada instancia, tienen una coincidencia casi total en los hechos de los que parten, pero disienten en la forma de valorar adecuadamente éstos, pues frente a la frontal determinación en la del Juzgado de que la conducta de los padres de la menor (no premeditada pero sí impuesta por las circunstancias) era de desamparo total y constante, en la de la Audiencia se mitiga tal valoración y se basa principalmente, ésta, en los defectos del expediente administrativo de audiencia a los padres (y en que éstos sí realizaron visitas de fines de semana a la niña en el establecimiento en que la misma se encontraba), para decidir que esos incumplimientos no eran tan graves, pues hubo, en ellos, interés por la misma, y se centra la Resolución en este punto, más que en el de cuál sea el mayor beneficio que se deriva de la forma en que deba ser atendida la niña, como consecuencia del mantenimiento o de la retirada (pérdida) de la patria-potestad, en cuyo punto se centran los motivos de los Recursos planteados, y éstos deben ser atendidos en conjunto (pues tienen de común el fin indicado), y ello por las siguientes consideraciones:

A) La primera, porque la determinación del mayor beneficio para el menor (*favor filii*), independiente de que los hechos que lleven a este extremo deban mantenerse, al tratarse de una valoración (como «concepto jurídico indeterminado» que es) de una calificación jurídica, puede ser objeto,

partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación.

B) Efectivamente, y como se dice, la Sentencia de 1.ª instancia sienta unos hechos, en cierta forma «cerrados», que deben llevar a la calificación y decisión jurídica que en ella se hacen; pero no por el cambio de algunos de esos hechos debe llegarse a una consecuencia distinta, y así:

1.º La resolución del tema principal de esa discordia, para acordar que se debe atribuir a los padres la patria potestad, manteniéndosela, viene dada por las irregularidades cometidas en el procedimiento administrativo que llevó al Órgano administrativo correspondiente a entender que hubo desinterés en los padres (en el padre, principalmente, pues la madre está incapacitada), pero hay que entender que las citaciones de los mismos, a las que ellos atendieron hasta en 3 ocasiones en el lapso de 2 meses, se llevaron a cabo para poder acordar el regreso a casa de la menor, atendida por una Asistenta Social de Día, que es lo que el padre pedía al principio, y que la Autoridad provincial pretendió atender; pero la petición a la jurisdicción de que se prive a los padres de la patria potestad viene de hechos más profundos, y anteriores (lo otro es un intento de buscar otra solución de ubicación y atención), que la Audiencia reconoce (no muestra contradicción a lo dicho al respecto por el Juzgado), y son las desatenciones (no pretendidas o queridas, pero reales) a los deberes paternos, no sólo por la madre incapacitada, sino también por el padre, del que la Audiencia, en la 2.ª parte del FJ 5 de su Sentencia, dice que no resuelve satisfactoriamente la situación familiar de su mujer e hija, «adoptando en ocasiones actitudes ausentes».

2.º La principal nota negativa sobre la atención de los padres a la menor, viene dada de sus primeros momentos de vida, pues a los 6 meses el padre la entrega (se entiende que cumple, en todo caso, un deber inexcusable, como punto de partida, más que el calificar tal actitud como una buena nota en su conducta, como es obvio) a la Administración, «por motivos laborales», los que alega que entonces concurren también en la familia más próxima, que tampoco la atiende.

3.º Durante dos años, hasta que la Diputación de Bizkaia acuerda las Órdenes Forales de asunción directa de la tutela, de petición de declaración judicial de pérdida de la potestad paterna, y de entrega en acogimiento preadoptivo a terceros, la menor sufre problemas graves de «hospitalismo», que influyeron en su preparación física y psicológica, y los informes periciales informan que con estas medidas la menor ha mejorado, en forma muy importante.

C) No se trata por los padres aquí de intentar conservar la patria potestad en sí, comprometiéndose los mismos a cumplir todos los deberes legales para con la hija, pues lo que ahora pretenden ellos (más bien el padre) es que la misma quede al cuidado del matrimonio de una hermana de él, tema ajeno a las referidas medidas pretendidas por la Diputación, y concretamente a la que afecta a la patria potestad.

D) Los defectos apuntados en el trámite administrativo, no influyeron, sino indirectamente, y en todo caso, en conjunción con otros más importantes, que se han apuntado, para que la Diputación tuviera que proveer a unas medidas urgentes y más acordes, para que la niña, en la edad en que se encontraba, no sufriera un mayor deterioro de su personalidad, y se ha demostrado que se actuaron con acierto, y en beneficio de la niña, que es lo principal a atender.

E) Por fin, hay otro dato a tener en cuenta, y es la colisión que, de mantener la Sentencia de la Audiencia, se produciría, para entorpecer más aún las atenciones que se merece la niña, y ello por la colisión que se produce, con la dificultad de aunar ambas decisiones para su respectivo cumplimiento entre dicha Sentencia y la que se dictó por la misma Audiencia (aunque por otra Sección), en el expediente y juicio de oposición a la tutela de la menor asumida por la Administración, la que ha quedado firme, y es por ello ejecutoria.

En definitiva, pues, se estima que el mantener a la menor en la situación en que se encuentra (tutela pública y acogimiento preadoptivo por terceros), obliga, en atención al *favor filii*, a mantener la Sentencia del Juzgado, anulando la de la Audiencia, con retirada de la patria potestad a los padres, como consecuencia obligada.

GUARDA Y CUSTODIA

El trabajo nocturno de la madre (de 1 a 5 de la mañana) no es causa impeditiva para la atribución de la custodia. Por otro lado, resulta evidente que, dada la edad de la menor, la atribución a la madre de su guarda y cuidado está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Patricia interpuso contra don Santiago demanda de menor cuantía en la que solicitaba que se dictase sentencia en la que al reconocer la ruptura de la unión paramatrimonial existente entre las partes, se acordaran los siguientes efectos: «1.º Que la custodia de la hija menor de edad, Carlota, sea concedida a la madre, así como la patria potestad ordinaria, manteniendo ambos progenitores la patria potestad. 2.º Que se conceda al padre el derecho de visitas que sea oportuno, y que en defecto de acuerdo entre los progenitores será fijado en ejecución de sentencia. 3.º Que se conceda a la hija la pensión por alimentos de 50.000 pesetas, en doce mensualidades iguales, pagadas por adelantado antes del día 5 de cada mes. Esta cantidad será debida desde la fecha de la interposición de la demanda. 4.º Las anteriores pensiones serán actualizadas a partir del 1.º de enero del año siguiente a la fecha de la sentencia, y en cuantía equivalente a los incrementos que experimenten los índices generales de precios al consumo. 5.º La vivienda familiar en Barcelona, quedará para uso de don Santiago, la actora cede el uso y disfrute de la vivienda, sin perjuicio de que doña Patricia pueda retirar del indicado domicilio sus ropas y enseres personales, así como los objetos siguientes: a) Sofá tres plazas color salmón y crudo estampado. b) Baúl zapatero color marrón oscuro. c) Equipo ski (botas, skis, fijaciones y palos). d) Mesa despacho estilo americano con cajones laterales. e) Mueble despacho estilo americano con cajones laterales. f) Mueble persiana de estilo americano media cintura. g) Sandwichera. h) Olla exprés. i) Anorak amarillo, mallas y jerseys invierno de diversos colores talla 38/40. j) Vestido color rojo largo abierto por los lados tirantes. k) Documentos: Contrato y nóminas a nombre de Patricia. l) Fotos de vacaciones en Canarias, montañismo, embarazo, etc., en las que figura Patricia y su hija. 6.º Que se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo pedido en la demanda».

Admitida la demanda y conferido traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a don Santiago, lo evacuaron en tiempo y forma, el Ministerio Fiscal suplicó al Juzgado tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso se diera a los autos el curso legal correspondiente hasta dictar la sentencia que fuere pertinente en atención a los hechos que resultaren probados, y don Santiago, presentó escrito solicitando la acumulación a las actuaciones seguidas ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. ocho de L'Hospitalet bajo el núm. 283/1996. Acumuladas las actuaciones, la demanda interpuesta por don Santiago, solicitaba se dictara sentencia por la que estimando las pretensiones se concediera la guarda y custodia solicitada a don Santiago, con el régimen de visitas para la madre de fines de semana alternos durante todo el año, y la pensión de alimentos a favor de la hija que el Juzgado estimara oportuna, e imposición de costas a la parte contraria.

Conferido traslado, en la demanda instada por don Santiago, al Ministerio Fiscal y a doña Patricia, el Ministerio Fiscal contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó opor-

tunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia acorde con lo probado y los preceptos jurídicos oportunos, y doña Patricia, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, aprobando, al reconocer la ruptura de la unión paramatrimonial existente entre las partes los efectos acordados en el convenio regulador firmado por ambos progenitores en fecha 3 de mayo de 1996, acompañado por la actora como documento número dos, con expresa imposición de costas a la parte actora.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 17 de Barcelona dictó Sentencia el 3 de febrero de 1998 estimando la demanda doña Patricia y declarando los siguientes extremos: 1.º) La guarda y custodia de la hija habidas de la unión de hecho entre las partes se atribuye al padre, en cuya compañía vivirá, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. 2.º) Como régimen de visitas a favor de la madre se fija el siguiente: la misma estará en compañía de la hija los fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, pudiendo elegir la mitad que le corresponda, en los años pares la madre y en los impares el padre. Asimismo podrá estar con su hija dos tardes durante la semana, desde las 17 hasta las 20 horas, recogiéndola en la escuela y llevándola a su domicilio. 3.º) En concepto de alimentos para la hija Carlota, doña Patricia abonará mensualmente la cantidad de 10.000 pesetas, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes; cantidad que será actualizada cada primero de enero, según el porcentaje de incremento que experimente el IPC. No se hace especial pronunciamiento en costas».

- En grado de apelación, la Sec. 18.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 22 de julio de 1998 estimando el recurso interpuesto por doña Patricia y recovando la sentencia del juzgado acordó: «1.º La guarda y custodia de la menor habida en la unión de hecho de las partes se atribuye a la madre. 2.º El régimen de vistas del padre, don Santiago, será el pactado con el convenio de 3 de mayo de 1996. 3.º Se fija una pensión de alimentos a cargo de éste y a favor de la menor, de 40.000 ptas/mes, a abonar en la forma, plazos y actualizaciones previstas en el pacto Cuarto del expresado convenio. No procede declaración expresa sobre el pago de las costas causadas en esta alzada».

- Don Santiago interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso acusa la infracción del artículo 92, párrafo 2.º del CC al establecer que en las prevenciones adoptadas para atribuir, en su día, como se atribuyó, a la madre la guarda y custodia de la menor habida en la «unión de hecho», que mantuvieron los litigantes, no se tuvo en cuenta el «beneficio» de la referida descendiente. El segundo motivo sostiene, idéntica posición, al considerar, en paralelo, y como suplemento del anterior, infringida la jurisprudencia aplicable al caso argumenta, inicialmente, que el fallo judicial se ha sustentado (*ratio decidendi*), para decidir sobre la guarda y custodia, en el convenio firmado por ambos padres y no en el prevalente interés del menor como postula la norma cuya infracción proclama, añadiendo que ese prevalente interés imponía le fuera atribuida la custodia, apoyándose en el fallo judicial de primera instancia, al que viene a otorgar mayor fundamento por la inmediación en la valoración de los elementos de prueba practicados. Estos mismos argumentos son, en sustancia, los que alega, luego, referido a doctrina jurisprudencial sobre el valor preferente que ha de darse al interés del menor sobre lo convenido por las partes, razón por la que ambos motivos pueden ser objeto de examen conjunto. Pero, como razona el Ministerio Fiscal, cuyo dictamen plenamente se comparte, en contra de lo argumentado en ambos motivos, el fallo judicial no eleva a categoría axiomática los acuerdos libremente pactados por las partes relativos a la regulación de la ruptura de su unión extramatrimonial. Al respecto, y si ha de hacerse recordatorio de la sentencia de primera instancia, la atribución al padre de la guarda de la hija –entonces de cuatro años de edad– se basaba en el hecho de que la madre tenía horario nocturno de trabajo de 1 a 5 de la madrugada,

circunstancia de la que deducía la dificultad, para asumir permanentemente, el cuidado de la menor que entre tanto –decía el Juez– era atendida por el padre o por la abuela materna. No estimó probado ni la conducta irregular de la madre ni su adicción a las drogas, alegadas por el padre. El trabajo nocturno de la madre como causa no impeditiva del ejercicio de la función de guarda por la madre fue correctamente apreciada por el Tribunal (FJ 3) de suerte que eliminada esa circunstancia resulta evidente, dada la edad de la menor, que la atribución a la madre de su guarda y cuidado está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil. Y en lo que respecta al valor de los convenios entre los padres, aparte de que el Tribunal, en su análisis de las pruebas practicadas, afirmó que no encontraba causa alguna para hacer un pronunciamiento contrario –afirmación que ponía de manifiesto cómo actuaba en la perspectiva del interés del menor– cabe señalar que tanto la Constitución –artículo 39– como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno-filiales –especialmente artículo 154 del Código Civil– reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención –sin perjuicio de sus deberes de prestación– está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores, razones que abogan, por tanto, para la desestimación de los dos motivos. En consecuencia, ambos motivos se desestiman.

Criterios que igualmente se comparten con el Ministerio Fiscal conducen a desestimar por inconsistente y carente de fundamento el motivo tercero. El artículo 93 de la Constitución española que se dice vulnerado establece el denominado principio de legalidad que en cuanto referido a materia penal o sancionadora nada tiene que ver con el asunto relativo a la guarda y custodia. Por lo demás, y en extraña argumentación, el recurrente quiere ver infracción del mal entendido principio de legalidad en el hecho por él afirmado de que el Ministerio Fiscal sin haber sido apelante ni parte adherida a la apelación hubiera solicitado la revocación de la sentencia de primera instancia. Desconoce así el carácter de la intervención del Ministerio Fiscal cuando no siendo actor ni demandado actúa como parte interviniente necesaria en defensa del interés del menor en todas las instancias del proceso, a lo que cabría añadir que, en este caso, la cuestión debatida en la apelación fue planteada como tema del recurso por la parte apelante. Consecuentemente, la desestimación de los motivos supone la declaración de no haber lugar al recurso con imposición de las costas causadas por imperativo legal.

Consciente el Tribunal Supremo del transcurso del tiempo desde que se adoptaron las medidas de guarda, tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, conforme resulta del derecho que establece la Ley del Menor (artículo 9.3) y a la vista de las determinaciones procesales que establecen los artículos 770.6.º, 774 y, especialmente artículo 775 del a Ley de Enjuiciamiento Civil, recomienda que se practique la audiencia de dicha menor, con intervención del Ministerio Fiscal, por si, a la vista de sus manifestaciones, pueda el Ministerio Fiscal si así viera convenirle al interés y beneficio de la menor, instar la adopción de las prevenciones necesarias para ello.

ALIMENTOS

Devolución de la totalidad de los alimentos percibidos por la hija desde que se dictó la sentencia en primera instancia hasta que finalmente se desestimó la demanda de alimentos al considerarse que abandonó voluntariamente el domicilio familiar.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Araceli formuló demanda de juicio de menor cuantía contra sus padres don Gaspar y doña Isabel solicitando se dictase sentencia por la que se condene a los demandados al pago de una pen-

sión de alimentos a favor de Araceli por importe de 75.000 pesetas mensuales más los gastos académicos y médico-farmacéuticos que ésta acredite y a las costas del juicio.

- Los demandados, al contestar a la demanda solicitaron la desestimación de la misma, con expresa condena en costas a la actora.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Salamanca dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados a abonar a la actora una pensión mensual, por meses adelantados, de 30.000 pesetas, con la consiguiente actualización anual. Solicitada la ejecución de dicha sentencia, fue admitida por providencia de 29 de noviembre de 1994 y desde entonces, se hizo efectivo el pago de la mencionada cantidad durante cinco años y cuatro meses.

- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Salamanca revocó dicha resolución en fecha 17 de enero de 1995, absolviendo a los demandados de las pretensiones actoras, manteniéndose, no obstante, la ejecución provisional.

- Doña Araceli interpuso recurso de casación que se tramitó con el número 433/1995, dictándose Sentencia en 23 de febrero de 2000, declarando no haber lugar al mismo.

- Los Sres. Gaspar y Isabel, en fecha 18 de abril de 2000, interesaron la devolución de las cantidades que en concepto de pensión, habían venido abonando a su hija en la ejecución provisional referida.

- El Juzgado dictó Auto de 12 de julio de 2000 desestimando el recurso de reposición interpuesto por doña Araceli contra la providencia de 26 de junio del mismo antedicho año, que disponía la devolución, por parte de la misma, de las cantidades percibidas de sus padres.

- El 18 de diciembre de 2000, la Audiencia Provincial dictó auto resolviendo el recurso de apelación que, contra aquel otro, interpuso la actora, decidiendo fijar en un 30% de las cantidades percibidas la cantidad que doña Araceli debía devolver a sus padres.

- Los Sres. Gaspar e Isabel interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó la devolución de la totalidad de los alimentos que había percibido desde que se dictó la sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se denuncia la contradicción existente entre el auto impugnado y la sentencia de cuya ejecución se trata. Ésta era totalmente desestimatoria de la pretensión alimenticia deducida por doña Araceli, teniendo en cuenta su decisión de abandonar el hogar familiar, colocándose voluntariamente en situación de necesitar alimentos, en tanto que el mencionado acto le autorizaba a retener una parte de las pensiones que provisionalmente había percibido, reduciendo al 30% de las mismas la devolución que debería llevar a cabo.

La tesis de los recurrentes ha de ser aceptada, pues es evidente que el auto en cuestión contradice sustancialmente lo decidido en la sentencia, desvirtuando y restringiendo considerablemente el alcance de la misma, pese a que el incidente de ejecución suscitado no podía tener por finalidad la apertura de un nuevo debate acerca de si doña Araceli tenía derecho o no a percibir alimentos de sus padres, tras su abandono voluntario de la vivienda familiar, por cuanto este tema ya se hallaba definitivamente resuelto en la sentencia dictada por el Tribunal de apelación el 17 de enero de 1995.

En tal contexto, ya que la actora había percibido indebidamente los alimentos controvertidos, en méritos a su petición de ejecución provisional de la resolución de primera instancia, el incidente en cuestión habría de tener como único objetivo compeler a aquélla a devolver a sus padres las pensiones satisfechas, como los mismos habían solicitado.

Al haber echado en olvido la Audiencia en el auto que se impugna la naturaleza de sentencia firme y el efecto de cosa juzgada de la resolución cuyo cumplimiento había sido interesado, procede acoger el motivo del recurso objeto de estudio, lo que hace innecesario entrar en la consideración de los dos restantes, que, como los recurrentes hacen constar, han sido formulados con carácter subsidiario.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Admisibilidad de que se limite temporalmente la pensión compensatoria, si bien es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Luis Antonio interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas contra doña María Dolores solicitando que se dicte sentencia por la que se acuerde, entre otros pronunciamientos que no ha lugar a fijar pensión compensatoria a favor de la demandada.

⊙ Doña María Dolores, contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acuerde la disolución del matrimonio, por causa de Divorcio, ya que llevan más de un año separados de forma ininterrumpida, desde que se instó la separación, y acordándose mantener en su totalidad las medidas en su día acordadas en Sentencia de Separación, pero en las cuantías correspondientes según actualización del IPC, a excepción de lo acordado en cuanto a la vivienda que fue familiar sita en Palmanyola, y que le fue concedido su uso exclusivo al marido, que debe quedar desvinculada, en un plazo determinado y que deberá ser fijado por el Juzgado, del referido gravamen.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 12 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 8 de octubre de 2001, estimando la demanda de divorcio y acordando, entre otros pronunciamientos que don Luis Antonio abonará en concepto de pensión compensatoria para su esposa la cantidad que se determine en ejecución de la presente resolución y que se obtenga de actualizar, conforme al índice en su día establecido la pensión que en idéntico concepto fue fijada en la sentencia que decretaba la separación conyugal de los hoy litigantes. Dicha cantidad se actualizará anualmente con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. Dicha pensión deberá ser abonada por el Sr. Luis Antonio hasta el próximo 1 de enero de 2004 fecha en que quedará extinguida automáticamente la indicada pensión de no haberlo hecho con anterioridad por alguna de las circunstancias que se recogen en el artículo 101 de CC. Sin expreso pronunciamiento en costas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia el 25 de abril de 2002, dejando sin efecto los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia apelada, apartados núm. 4 (atribución del uso de la vivienda familiar) y párrafo segundo del apartado 6 (limitación temporal de la pensión compensatoria).

Don Luis Antonio interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia del Juzgado declarando como doctrina jurisprudencial la posibilidad de acordar como medida en los procesos matrimoniales de separación y divorcio una pensión compensatoria de duración limitada en el tiempo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el presente recurso de casación se plantea el tema de interés casacional relativo a si el artículo 97 del Código Civil permite fijar la pensión compensatoria con carácter temporal a cuyo efecto se afirma la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, pues en tanto unas Sentencias lo admiten, otras entienden que debe ser vitalicia.

En la sentencia del juzgado se argumentaba que «igual ratificación debe efectuarse en relación con la pensión de naturaleza compensatoria determinada a favor de la hoy demandada en la sentencia que declaraba la separación conyugal, si bien no puede ignorarse que la edad de aquélla –cuarenta años– y su capacitación profesional justifican presumir que la misma no haya de tener dificultades para acceder al mercado laboral en un futuro más o menos próximo, máxime cuando la edad del hijo ya no exige un cuidado tan inmediato y aun cuando pueda precisar de una actividad de «reciclaje» de conocimientos para recuperar los varios años de alejamiento de su actividad profesional. Es por ello que valorada la duración del matrimonio –unos doce años– el hecho de que del mismo sólo nació un hijo y de que ya hace unos tres años que cesó la convivencia entre ambos, por lo que parece pertinente establecer un límite temporal a la indicada pensión que deberá quedar extinguida a fecha 1 de enero de 2004 de no haberlo hecho con anterioridad por alguna de las circunstancias que se recogen en el artículo 101 del Código Civil, criterio de limitación temporal de esta pensión seguido casi de forma general en la actualidad por la «jurisprudencia menor» –así por ejemplo sentencias de la AP de León de 28 de abril de 1995, de la AP de Córdoba de 13 de mayo de 1995 o de la AP de Gerona de 25 de marzo de 1995– al estimarse el lapso de tiempo de otros dos años más –en concreto dos años y tres meses más– suficiente para que la Sra. María Dolores pueda hacer frente ya por sí misma a sus necesidades una vez realice una actividad laboral remunerada».

La Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dejó sin efecto la limitación temporal en base a la siguiente argumentación: «Por último, entrando a conocer del motivo esgrimido por la Sra. María Dolores y referido a la improcedencia de fijar un término, 1 de enero de 2004, para el devengo de la pensión compensatoria, debe señalarse que, esta Sala, tiene declarado reiteradamente, –entre otras, las sentencias de 22 de junio de 2000, 30 de abril de 2001, 15 de febrero y 14 de marzo de 2002–, que dicha pensión no aparece configurada ni contemplada en el Código Civil como una prestación de carácter temporal y limitado, sino, al contrario, como indefinida y sin sujeción a plazo ni término, todo ello sin perjuicio, claro es, de que, *ex* artículos 100 y 101, pueda ser la misma modificada en caso de alteración sustancial de las circunstancias o resultar extinguida por desaparición del desequilibrio económico que justificó su creación. Por tanto, ya sea por alteración sustancial de las circunstancias, como por concurrir causa de extinción, es preciso seguir el procedimiento establecido, en el que se alegue y prueba bien la alteración de las circunstancias que determinaron el importe de tal pensión, bien la concurrencia de las causas de extinción previstas legalmente. En consecuencia, procederá en aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, estimar el motivo, revocando el concreto extremo del fallo relativo a la extinción automática de la pensión compensatoria el día 1 de enero de 2004».

D. Luis, en el recurso de casación, por lo que respecta a la afirmación de falta de norma específica, alega que tampoco existe norma alguna que establezca el carácter indefinido de tal figura; y en lo que atañe a la afirmación de que ya existe la posibilidad de modificación de las medidas si se produce una variación de las circunstancias, que en la práctica dicha posibilidad, además de suponer un costoso peregrinaje para el que la solicita, es «prácticamente inútil» ya que se exige la variación sustancial de las circunstancias, lo que se traduce en la práctica en la necesidad de demostrar la «desaparición» de la causa que la motivó y dejar en manos de la beneficiaria de la pensión, en muchas ocasiones, la decisión de variar o no sustancialmente las circunstancias que motivaron la determinación de dicha pensión. Simplemente basta alegar que no es posible incorporarse al mercado

laboral, a pesar de tener edad y cualificación para ello, percibir ingresos no demostrables, o mantener una relación sentimental de carácter estable pero sin convivencia, hechos todos ellos difícilmente demostrables por la parte que los alega y sobre quien recae la carga de la prueba. El resultado es que la pensión compensatoria se convierte en una pensión vitalicia, ya que nunca se podrán modificar las medidas por falta de cambio sustancial en las circunstancias que la motivaron, en claro perjuicio del obligado al pago de la misma». En el motivo segundo, y con relación a las SSAP de Granada de 15 de mayo de 2000 y 29 de enero de 2001, se rebaten los argumentos en los que, por dichas resoluciones, se fundamenta el rechazo de la posibilidad de temporalizar la pensión, y se destaca la idea básica de que, en todo caso, habrá de estarse a las circunstancias concurrentes, de manera que será a la luz del caso concreto cómo se podrá determinar si existe o no la posibilidad. En el motivo tercero se examinan los argumentos a favor de la pensión temporal (SSAAPP Oviedo 19 de marzo de 1999 y 29 de mayo de 2000, y Valencia, Sección 9.ª, 25 de octubre de 2000 que recoge la de Zamora de 10 de diciembre de 1997). En el motivo cuarto se resumen las razones básicas que fundamentan –en la evolución jurisprudencial– la doctrina favorable a limitar temporalmente la pensión compensatoria cuando las circunstancias del caso lo permitan (ser la solución más equitativa y adecuada a la realidad social del momento actual; la no consideración en ningún caso de la pensión compensatoria como una renta vitalicia; el carácter compensatorio de dicha pensión, y la necesidad, basada en estrictas razones de justicia, de incentivar, aún mínimamente, la iniciativa del cónyuge beneficiario, para dar lugar a una situación de autonomía y no de dependencia, que es lo que el carácter indefinido de la pensión perpetúa y que se debe evitar). Y en el motivo quinto se razona la posibilidad de aplicación al caso teniendo en cuenta las circunstancias del mismo.

El Ministerio Fiscal se opuso a la prosperabilidad del recurso con base en que las Sentencias indicadas, en las cuales se apoya el recurso de casación como jurisprudencia favorable a su interés, no responden a la identidad de supuesto fáctico examinado en la sentencia impugnada. Transcribe el fundamente de derecho de la Sentencia recurrida, y razona que «por el contrario, las sentencias señaladas por el recurrente, aluden a supuestos muy distintos al anteriormente señalado [con relación al fundamento transcrito], y así la sentencia de 19 de marzo de 1999 de la Sección Sexta de la AP de Asturias [que] «señala aplicable la limitación temporal de la pensión compensatoria en supuestos de corta duración de la convivencia matrimonial» (menos de 5 años, 23 años la beneficiaria y sin descendencia), y la de 29 de marzo de 2000 del mismo órgano (8 años de convivencia y 28 años la beneficiaria).

Resultando evidente la existencia de un interés casacional con base en que la sentencia recurrida resuelve una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y que está legitimado el recurrente por serle perjudicial la decisión impugnada, se plantean dos cuestiones, a saber: con carácter principal, determinar si el artículo 97 CC, en relación con los artículos 99, 100 y 101 CC, permite la temporalización de la pensión compensatoria, y en caso afirmativo, por consiguiente con carácter eventual y derivado, determinar si dicha posibilidad cabe en el caso concreto que se enjuicia.

La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales –y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral–, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización –unas veces, en circunstancias excepcionales, y otras, con mayor flexibilidad–, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria.

El artículo 97 CC dispone que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:...». Del precepto se deduce 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 disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios.

El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio –que constituyó la *condicio iuris* determinante del nacimiento del derecho a la pensión–.

A favor y en contra, especialmente en cuanto a la primera perspectiva, se han multiplicado los argumentos de los respectivos partidarios de las posturas, muchos de ellos generados o asumidos por las resoluciones de las Audiencias Provinciales, que han llevado a cabo un encomiable esfuerzo discursivo.

Y entre la multiplicidad de argumentos cabe indicar: En contra de la temporalización se ha dicho que: el precepto del artículo 97 no la establece; se trata de una omisión voluntaria del legislador, que si la hubiera querido prever la hubiera establecido; es contraria a la *ratio* del precepto; contradice la literalidad de los artículos 99 y 101 CC; quedarían sin contenido los artículos 100 y 101; supone una condena de futuro sin base legal; significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta, y que la pensión compensatoria «tiene una vocación natural de perpetuidad, y que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se proyecta estáticamente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado período de tiempo».

Y en favor se sostiene que: el artículo 97 CC no la recoge expresamente, pero tampoco la excluye; no contradice los artículos 99, 100 y 101 CC, y en absoluto es contrario a la *ratio* legal; el artículo 97 no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados, sino que la *ratio* del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación, y en sintonía con lo anterior también se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal. Asimismo se dice que no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza; que el matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión, y que el derecho a la pensión compensatoria tiene carácter relativo, personal y condicionable; que la temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional, (y en sintonía con el planteamiento esbozado se habla de «evitar la pasividad en la mejora de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral», y se hace especial hincapié en que «se potencia el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral» por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de reinserción laboral). También se resalta que: no cabe dejar en manos de una de las partes que la situación económica cambie a su antojo o comodidad, o dependa del propósito de perjudicar al otro, con lo que se evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor; evita la incertidumbre o situaciones de excesiva provisionalidad, y se aduce el carácter dispositivo –se trata de materia sujeta a la disposición de las partes en cuanto está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo, habiendo reconocido el carácter dispositivo la SS del TS de 2 de diciembre de 1987 y 21 de diciembre de 1998 y RDGR y N 10 de noviembre de 1995, y que la realidad social (artículo 3.1) la admite –se alude a la debilitación de los argumentos sociológicos que se manejaban al tiempo de crearse la figura de la pensión compensatoria y a los cambios sociales y el nuevo sentir social, en relación con la evolución de la sociedad española desde el año 1981 hasta la actualidad, y la diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y el mercado laboral–. Y se alegan las dificultades prácticas en que

se encuentran los tribunales en relación con la aplicación del artículo 101; el efecto beneficioso de la disminución de la litigiosidad –con sus diversas perspectivas ventajosas–; necesidad de justicia o equidad, sin afectar a la estabilidad de la norma y a la seguridad jurídica, e incluso la idea de fomentar la autonomía basada en la dignidad de la persona, de acuerdo con el artículo 10 CE; además de que –se razona– si cabe la extinción del derecho o su modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro interesado o su sustitución por una renta vitalicia, usufructo o entrega de bienes, ningún obstáculo debe oponerse a la delimitación temporal en función de las circunstancias que concurran; y, finalmente, desde una moderna posición doctrinal se entiende que la pensión compensatoria temporal está implícitamente recogida en el artículo 101 CC, si por cese de la causa que la motivó se considera «de las circunstancias que provocaron el desequilibrio económico, y es posible la previsión de la desconexión.

Desde una perspectiva diferente a la expuesta debe destacarse el criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980); el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio –en cuyo artículo 86.1.d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció–, y el Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio.

La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias –*sui generis*–. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia –que atiende al concepto de necesidad–, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios. Como consecuencia de ello procede decir, además de que no resulta excluida por el artículo 97 CC –el que no la recoja no significa que la prohíba–, que la pensión temporal no afecta a la regulación de los artículos 99, 100 y 101 CC, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada.

Por consiguiente la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del artículo 97 CC adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 CC, con arreglo al que «se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con ... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela (SS de 31 de marzo de 1978 y 7 de enero y 25 de abril de 1991, entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974 –SS de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970–, como con posterioridad –SS de 31 de marzo de 1978 y 28 de enero de 1989–, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (SS de 10 de abril de 1995 y 18 de diciembre de 1997). Y lo ha aplicado en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar, las SS de 17 de mayo de 1982 y 6 de junio de 1984 –sobre influencia del criterio objetivo o minorismo del culpabilismo originario en relación con el artículo 1902 CC–; 10 de diciembre de 1984 –el progreso técnico concretado en la evolución en la construcción de edificios en sede de medianería–; 13 julio de 1994 –innecesariedad en determinadas situaciones de la unanimidad *ex* artículo 16 LPH–; 18 de diciembre de 1997 –realidad social del mundo laboral–; 13 de marzo de 2003 –evitar supuestos de abuso notorio de derecho–. Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad –*ratio*– de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.

De lo dicho se deduce 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 perceptor; 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.

Como consecuencia de lo razonado, al estimarse fundado el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.3 LEC, debe casarse la resolución recurrida en el tema concreto relativo a la cuestión de interés casacional, resolviendo sobre el caso y declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiese producido la contradicción jurisprudencial, todo ello sin hacer pronunciamiento en costas por aplicación del artículo 398.2 LEC.

Planteada en apelación la procedencia o no de la pensión compensatoria temporal, y aceptada su posibilidad con carácter genérico, corresponde examinar si la fijación de la misma en el caso por el Juzgado es o no acertada en relación con las pautas exigibles –bases consistentes– para su aplicación. Si se tienen en cuenta las circunstancias fácticas concurrentes: matrimonio celebrado el 17 de enero de 1986; separación conyugal acordada el 15 de febrero de 1999; edad de la Sra. María Dolores –40 años–; existencia de un hijo de diez años cuya custodia se atribuye a la madre; convivencia efectiva de doce años, durante los cuales la Sra. María Dolores se dedicó al cuidado del esposo, hijo y hogar conyugal; situación de gran invalidez del Sr. Luis Antonio, con necesidad de una tercera persona para que le auxilie en las múltiples actividades cotidianas, aunque tiene (según la Sentencia de la AP, fto. quinto) «un importante patrimonio mobiliario del que disfruta, de más de 100 millones de pesetas»; los litigantes son condóminos de dos inmuebles que ocupan respectivamente; capacitación profesional y posibilidad de obtener una ocupación remunerada después de un período de «reciclaje» de conocimientos para recuperar los varios años de alejamiento de su actividad profesional, valorado todo ello conjuntamente cabe concluir que la apreciación del Juzgador de 1.ª Instancia fijando la extinción del derecho de pensión compensatoria en la fecha 1 de enero de 2004 es ponderada y razonable, por lo que procede restablecer el pronunciamiento adoptado en el párrafo segundo del apartado 6 del Fallo que había sido revocado por la Sentencia recurrida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Admisibilidad de que en los procesos matrimoniales pueda establecerse una pensión compensatoria temporal siempre que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad del artículo 97 del CC, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Gabriela interpuso demanda de separación matrimonial contra don Matías solicitando que se dictase sentencia mediante la cual se acordase, entre otros pronunciamientos, el establecimiento de una pensión compensatoria de cincuenta mil pesetas.

- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada don Matías, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y en relación con la pensión compensatoria: 6.º Que en concepto de pensión compensatoria a satisfacer por don Matías a su mujer, se establezca la de 30.000 pesetas mensuales durante el plazo de dos años desde la sentencia de separación, extinguiéndose automáticamente al alcanzar dicho plazo.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de los de Leganés dictó Sentencia el 25 de septiembre de 2001 estimando la demanda y acordando, entre otros pronunciamientos, el siguiente: Se fija la cantidad de 45.000 pesetas (270,46 euros) mensuales de pensión compensatoria, si bien dicha cantidad sólo se percibirá durante los dos años siguientes a la fecha de la presente resolución, transcurridos los cuales se extinguirá su derecho. La citada suma se actualizará anualmente de acuerdo al IPC publicado por el INE.

- En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid, dictó Sentencia el 13 de junio de 2002, revocando la sentencia del Juzgado en el sentido de fijar a favor de sus hijos la de 270,46 euros (45.000 pesetas) mes, para cada uno de ellos que se revalorizará en los mismos términos que establece la resolución combatida, la cual se mantiene en el resto de sus pronunciamientos sin costas.

- Doña Gabriela interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que fueron desestimados por el Tribunal Supremo declarando, como doctrina jurisprudencial la posibilidad de acordar como medida, en los procesos matrimoniales, una pensión compensatoria de duración limitada (pensión compensatoria temporal).

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso por infracción procesal.

El primer motivo de este recurso lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 469.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según su opinión se han producido infracciones de normas legales que rigen los actos y garantías procesales, lo que da lugar a los siguientes submotivos:

A) Omisión del trámite de conclusiones o alegaciones que determina el artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este submotivo debe ser desestimado. En efecto, en el presente caso se han realizado las alegaciones pertinentes en el acto de la vista, y como se practicaron por no haberse podido realizar en plenario, después de la práctica antedicha se dictó sentencia, como así se determina en el artículo 447.1 de la Ley procesal.

B) Omisión del período probatorio y no práctica de prueba admitida. Este submotivo debe ser también desestimado. Y así es, desde el instante mismo en que se practicaron todas las pruebas propuestas y la parte ahora recurrente en casación no impugnó ni hizo protesta alguna para el caso de la admisión de pruebas. Pero sobre todo lo que ha ocurrido que la prueba solicitada y no practicada –una declaración del IRPF– era una prueba redundante y que desde luego su omisión no ha producido indefensión alguna.

El segundo motivo alegado en este recurso de infracción procesal, tiene como base lo alegado en el anterior, pero con la matización que ello supone una vulneración de los artículos 24 y 14 de la Constitución Española. Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su antecesor. Aunque se haga intervenir los derechos del menor –hay hijos en el matrimonio–, no hay base suficiente para estimar una indefensión por denegación o no práctica de prueba –el patrimonio del padre ha sido absolutamente constatado– y asimismo en la prueba pericial sicosocial, hablar de un «embaucar» a los peritos, no es correcto sin aportar prueba suficiente.

2. Recurso de casación.

En el único motivo del mismo se plantea la infracción del artículo 97 del Código Civil en relación con los artículos 100 y 101 del mismo cuerpo legal, al limitarse la duración de la pensión compensatoria a un plazo de dos años, solicitando la parte recurrente que se deje sin efecto su temporalidad.

La parte recurrente ha utilizado el cauce adecuado para el acceso a la casación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que es el previsto en el artículo 477.2.3.º, del «interés casacional», apareciendo invocado el caso de la «jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales».

De manera previa se hace necesario señalar que, en la actual regulación, el recurso de casación mantiene su naturaleza de medio extraordinario de impugnación por infracción de ley, por lo que debe fundarse siempre en la vulneración de norma sustantiva aplicable al objeto del proceso y determinante del fallo recurrido, siendo el «interés casacional» un presupuesto que determina la necesidad del conocimiento del asunto por el Tribunal Supremo, con el fin de crear uniforme doctrina jurisprudencial; por ello los casos de «interés casacional» que tipifica el artículo 477. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen otro contenido y alcance que el motivo del recurso, previsto en el artículo 477.1 de ese cuerpo legal, precisándose siempre que el recurrente invoque una o varias infracciones legales relevantes para la casación de la sentencia de segunda instancia, operando el «interés casacional» como un requisito de recurribilidad, esencial en el sistema, pero funcionalmente distinto al motivo del recurso, de ahí que la contradicción entre Audiencias Provinciales –al igual que la oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o la inexistencia de ésta en relación con normas nuevas– opere como presupuesto, diferenciado de la infracción, con trascendencia, eso sí, para la función uniformadora de la jurisprudencia, al contemplar el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que esta Sala, con alcance general, solvente la divergencia entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia y mantenga, cambie o genere doctrina jurisprudencial, según sea el supuesto del «interés casacional» que concurra.

En el recurso que nos ocupa se ha justificado el requisito, en la fase de preparación del recurso de casación, acreditándose la existencia de contradicción sobre la temporalidad de la pensión compensatoria, al considerar la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, que la pensión compensatoria no puede limitarse temporalmente, como se recoge en las sentencias de 15 de mayo de 2000 y 29 de enero de 2001, mientras que se admite tal posibilidad por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Quinta, en las sentencias de 26 de enero y 18 de octubre de 2000.

Igual infracción que la denunciada en este recurso, y el mismo caso de «interés casacional», fueron estudiados en la sentencia de esta Sala, de fecha 10 de febrero de 2005, en el recurso 1876/2002, en la que se dejó sentada la doctrina sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, en los siguientes términos:

«La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales –y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral–, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien

en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización –unas veces, en circunstancias excepcionales, y otras, con mayor flexibilidad–, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria.

El artículo 97 CC dispone que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:...». Del precepto se deduce 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 es 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 disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios.

El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio –que constituyó la *condicio iuris* determinante del nacimiento del derecho a la pensión–.

A favor y en contra, especialmente en cuanto a la primera perspectiva, se han multiplicado los argumentos de los respectivos partidarios de las posturas, muchos de ellos generados o asumidos por las resoluciones de las Audiencias Provinciales, que han llevado a cabo un encomiable esfuerzo discursivo.

Y entre la multiplicidad de argumentos cabe indicar: En contra de la temporalización se ha dicho que: el precepto del artículo 97 no la establece; se trata de una omisión voluntaria del legislador, que si la hubiera querido prever la hubiera establecido; es contraria a la *ratio* del precepto; contradice la literalidad de los artículos 99 y 101 CC; quedarían sin contenido los artículos 100 y 101; supone una condena de futuro sin base legal; significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta; y que la pensión compensatoria «tiene una vocación natural de perpetuidad, y que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se proyecta estáticamente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado período de tiempo».

Y en favor se sostiene que: el artículo 97 CC no la recoge expresamente, pero tampoco la excluye; no contradice los artículos 99, 100 y 101 CC, y en absoluto es contrario a la *ratio* legal; el artículo 97 no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados, sino que la *ratio* del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación, y en sintonía con lo anterior también se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal. Asimismo se dice que no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza; que el matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión, y que el derecho a la pensión compensatoria tiene carácter relativo, personal y condicionable; que la temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional, (y en sintonía con el planteamiento esbozado se habla de «evitar la pasividad en la mejora de la situa-

ción económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral», y se hace especial hincapié en que «se potencia el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral» por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de reinserción laboral). También se resalta que: no cabe dejar en manos de una de las partes que la situación económica cambie a su antojo o comodidad, o dependa del propósito de perjudicar al otro, con lo que se evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor; evita la incertidumbre o situaciones de excesiva provisionalidad, y se aduce el carácter dispositivo –se trata de materia sujeta a la disposición de las partes en cuanto está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo, habiendo reconocido el carácter dispositivo la SS del TS de 2 de diciembre de 1987 y 21 de diciembre de 1998 y RDGR y N 10 de noviembre de 1995, y que la realidad social (artículo 3.1) la admite –se alude a la debilitación de los argumentos sociológicos que se manejaban al tiempo de crearse la figura de la pensión compensatoria y a los cambios sociales y el nuevo sentir social, en relación con la evolución de la sociedad española desde el año 1981 hasta la actualidad, y la diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y el mercado laboral–. Y se alegan las dificultades prácticas en que se encuentran los tribunales en relación con la aplicación del artículo 101; el efecto beneficioso de la disminución de la litigiosidad –con sus diversas perspectivas ventajosas–; necesidad de justicia o equidad, sin afectar a la estabilidad de la norma y a la seguridad jurídica, e incluso la idea de fomentar la autonomía basada en la dignidad de la persona, de acuerdo con el artículo 10 CE; además de que –se razona– si cabe la extinción del derecho o su modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro interesado o su sustitución por una renta vitalicia, usufructo o entrega de bienes, ningún obstáculo debe oponerse a la delimitación temporal en función de las circunstancias que concurran, y, finalmente, desde una moderna posición doctrinal se entiende que la pensión compensatoria temporal está implícitamente recogida en el artículo 101 CC, si por cese de la causa que la motivó se considera «de las circunstancias que provocaron el desequilibrio económico, y es posible la previsión de la desconexión».

Desde una perspectiva diferente a la expuesta debe destacarse el criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980); el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio –en cuyo artículo 86.1.d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció–, y el Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio.

La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias –*sui generis*–. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia –que atiende al concepto de necesidad–, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios. Como consecuencia de ello procede decir, además de que no resulta excluida por el artículo 97 CC –el que no la recoja no significa que la prohíba–, que la pensión temporal no afecta a la regulación de los artículos 99, 100 y 101 CC, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada.

Por consiguiente la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del artículo 97 CC adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 CC, con arreglo al que «se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con ... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela (SS de 31 de marzo de 1978 y 7 de enero y 25 de abril de 1991, entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974 –SS de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970–, como con posterioridad –SS de 31 de marzo de 1978 y 28 de enero de 1989–, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de

hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (SS de 10 de abril de 1995 y 18 de diciembre de 1997). Y lo ha aplicado en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar, las SS de 17 de mayo de 1982 y 6 de junio de 1984 –sobre influencia del criterio objetivo o minorismo del culpabilismo originario en relación con el artículo 1902 CC–; 10 de diciembre de 1984 –el progreso técnico concretado en la evolución en la construcción de edificios en sede de medianería–; 13 de julio de 1994 –innecesariedad en determinadas situaciones de la unanimidad *ex* artículo 16 LPH–; 18 de diciembre de 1997 –realidad social del mundo laboral–; 13 de marzo de 2003 –evitar supuestos de abuso notorio de derecho–.

Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad –*ratio*– de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.

De lo dicho se deduce 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 perceptor; 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.

Y en el presente caso la edad de la esposa es de 37 años, es Diplomada en Técnicas de Comunicación; el matrimonio ha durado 3 años, y las medidas patrimoniales acordadas en la sentencia de separación dejan una situación preeminente a la parte recurrente.

Todo lo cual lleva a determinar la lógica y justa limitación temporal acordada en la sentencia recurrida, y por ende el motivo debe ser desestimado.

De conformidad con lo previsto en el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe procederse a efectuar un pronunciamiento unificador sobre la contradicción existente entre diferentes Audiencias Provinciales, dejando zanjada la divergencia en el mismo sentido que la anterior sentencia de 10 de febrero de 2005, sentando como doctrina jurisprudencial la posibilidad de acordar una duración limitada temporalmente a la pensión compensatoria.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No se considera que exista un negocio fiduciario en la compra de la vivienda por la esposa en un matrimonio regido por el régimen de separación de bienes aun cuando en el contrato privado apareciesen ambos cónyuges como compradores.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Felipe y doña Marcelina habían contraído matrimonio el 10 de octubre de 1966, bajo el régimen de separación de bienes y durante su vigencia adquirieron diversas propiedades por mitad y proindiviso. La Sentencia de 16 de marzo de 1992 decretó la separación del matrimonio, aprobando el convenio regulador de 2 de enero de 1992.

- La esposa adquirió para sí y a su exclusivo nombre por escritura de 29 de julio de 1985, la vivienda sita en la AVENIDA000 de Barcelona, por la cantidad de 20.000.000 de pesetas, la que pasó a constituir el domicilio familiar, si bien en documento privado precedente de 8 de mayo de 1985 la adquisición la llevaron a cabo los dos esposos y el precio de la compraventa se fijó en 28.000.000 de pesetas.

- Don Felipe interpuso demanda de menor cuantía contra doña Marcelina en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó: «Dictar sentencia por la que se declare: 1.º) El carácter fiduciario o, subsidiariamente, simulado de la compraventa efectuada por doña Marcelina el 29 de julio de 1985, mediante escritura de compraventa otorgada ante el Notario de Motcada i Reixac Don Joan Maymó i Ballart (núm. 501 de su protocolo) declarando la nulidad de la misma y, como consecuencia la nulidad de las siguientes inscripciones del Registro de la Propiedad núm. 8 de Barcelona, ordenando la práctica de otras en que la propiedad de las respectivas fincas figure a nombre de Don Felipe: a) Inscripción 2.ª, de la finca número NÚM000. b) Inscripción 1.ª de la finca número NÚM004. c) Inscripción 7.ª, de la finca número NÚM006. d) Inscripción 7.ª de la finca número NÚM007. 2.º) Subsidiariamente la obligación de abonar la demandada a mi mandante la cantidad de 29.500.000 pesetas prestada para la compra de las mencionadas fincas. 3.º) En todo caso la imposición en costas a la demandada si se opusiere».

- La demandada doña Marcelina se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de los hechos y razonamientos jurídicos que alegó, para terminar suplicando: «Dictar en su día sentencia, no dando lugar a la demanda, sin entrar en el fondo del asunto, por estimarse la excepción de litispendencia invocada y para el supuesto, de que ello no tenga lugar, con estimación del resto de las excepciones propuestas, absolver a mi principal de las pretensiones del actor, con expresa imposición de costas a la otra parte y ordenando la cancelación de la anotación preventiva de la demanda del actor en el Registro de la Propiedad, dispuesta en estos autos».

- El Juzgado de 1.ª Instancia uno de Barcelona dictó Sentencia el 16 de enero de 1997 desestimando íntegramente la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 23 de octubre de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Felipe.

- Don Felipe interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegando infracción por inaplicación de los artículos 1255 y 1276 del Código Civil sostiene el recurrente que la compraventa pública del inmueble litigioso constituye un negocio fiduciario entre cónyuges, pues lo querido fue que la vivienda discutida, con otros elementos, la había adquirido el recurrente y fue quien desembolsó el precio y realmente es el único propietario, persiguiendo con la puesta a nombre de la esposa como única compradora, la salvaguardia y protección del inmueble en previsión de futuras contingencias negativas y reveses en los negocios que el esposo desarrollaba, tratándose, en consecuencia, de titularidad sólo aparente y de persona interpuesta, toda vez que la esposa carecía de ingresos suficientes para afrontar el pago de la compra.

La sentencia recurrida sentó como probado que, con respecto a la capacidad económica de la esposa para llevar a cabo la compraventa que se impugna, la misma había aportado para pago del precio correspondiente la cantidad de 8.500.000 pesetas, sin dejar de lado que concertó préstamo hipotecario por importe de 10.000.000 de pesetas (escritura de 29 de julio de 1985).

La respuesta casacional forzosamente tiene que ser desestimatoria de la pretensión de concurrir fiducia, pues la finalidad alegada como causa final de la compraventa de la vivienda familiar y llevar a cabo su titulación dominical a nombre de la demandada, que aparece a efectos registrales y externos como la única propietaria, ha de ser rechazada y sin perjuicio del riesgo que el Tribunal de Apelación certeramente anunció de presentarse un previsto fraude de acreedores, lo que conculca el artículo 7 del Código Civil, ya que aquí sucede que las actividades y disposiciones económicas del recurrente las realiza por medio de diversas sociedades anónimas, en condición de accionista sin que resultase acreditado que ostentara cargos de administración o de gestión que podrían generar una responsabilidad personal.

A lo que se deja dicho ha de anudarse que mal se compagina con el negocio de fiducia el caso presente, cuando el fiduciante no es el dueño absoluto y exclusivo de la vivienda, teniendo en cuenta los pagos realizados por la esposa con caudal propio. La fiducia parte del presupuesto de la atribución patrimonial que el fiduciante lleva a cabo de cosa o derecho de su propiedad en favor del fiduciario (propietario sólo formal), para la finalidad que ambos pactan y cuando la misma se cumple el fiduciante, por retransmisión, recobra lo cedido (Sentencias de 5 de julio de 1993, 15 de octubre de 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998).

La Sentencia de 31 de marzo de 1998 resuelve el caso en que se instó la reclamación de propiedad indivisa de los cónyuges respecto a un inmueble adquirido mediante escritura pública por el marido y decretó que no concurrían pruebas que permitieran afirmar contra lo expresado en la escritura pública la realidad de un negocio fiduciario.

Lo que aquí sucede, conforme a lo expuesto, es que no quedó demostrado la fiducia alegada por el recurrente y si bien es cierto que entre el negocio fiduciario y el afectado de simulación relativa (artículo 1276 del Código Civil), existe convergencia en cuanto a la discordancia que presentan entre las voluntades declaradas y las internas, (Sentencia de 15 de junio de 1999), tampoco concurre aquí situación de simulación relativa, resultando acertada la declaración del Tribunal de Apelación en esta cuestión, y a que la simulación relativa se da cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, el que ha de reunir todos los requisitos legales para reputarse válido y entre ellos que se dé causa verdadera y lícita y las condiciones formales precisas y de exigencia. En este supuesto se podría considerar en principio y como acto reflejo un negocio disimulado de donación, al utilizarse la escritura de compraventa (en la que no interviene el recurrente) pero no cabe situarlo en el ámbito jurídico de la simulación al faltar el requisito esencial, carente de toda prueba, del *animus donandi*.

En el segundo motivo se alega la infracción del artículo 1253 del Código Civil para argumentar que la apreciación llevada a cabo por el Tribunal de Apelación de la prueba de presunciones se presenta improcedente e ilógica. Cierto es que en estos supuestos de negocio fiduciario las pruebas directas resultan difíciles y ha de acudirse a las presunciones y también es cierto respecto a dichas pruebas, dando por sentado los hechos base, que procede combatir en casación, la conclusión alcanzada por los juzgadores de instancia, en cuanto a la existencia de negocio fiduciario o simulado, si se da ausencia de lógica y enlace preciso y directo según las reglas de la sana crítica (Sentencias de 12 de diciembre de 1995, 31 de marzo de 1999 y 7 de febrero de 2003).

El motivo no procede. Ha quedado excluida definitivamente la concurrencia de simulación como de fiducia, no habiéndose planteado en el recurso la existencia de un posible préstamo del recurrente a la esposa, como tampoco en el pleito situación de propiedad en común.

La base fáctica tenida como probada ha sido valorada e interpretada correctamente por los juzgadores de la instancia, que no atendieron a la superior potencia económica del marido y las deducciones alcanzadas resultan las procedentes, que no las desvirtúa la alegación de que el recurrente era el que realizaba todas las gestiones de compra y el que manejaba exclusivamente el dinero. La existencia de confianza entre los cónyuges es natural y hasta necesario en las relaciones matrimoniales, y no basta para declarar que la adquisición de la vivienda del pleito encerraba una voluntad simulada o fiduciaria. Para que el motivo pudiera prosperar en casación es preciso demostrar lo absurdo e ilógico de la conclusión deducida, lo que no ha tenido lugar.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El artículo 1384 CC según el cual «Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero y títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren» no es aplicable a la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- Mediante escritura pública de 27 de noviembre de 1987, don Constantino, su esposa doña Lorenza, y los hijos comunes del matrimonio don Benjamín doña Julieta y don Luis, la sociedad Alcrisen, SA, suscribiendo don Constantino 420 acciones de un total de 1.200 acciones al portador, representativas de capital social; 420 acciones doña Lorenza, y el 30 % restantes sus tres hijos comunes, por partes iguales.

- Doña Lorenza falleció, y el cónyuge supérstite y los hijos comunes, por desavenencias familiares, están inmersos en un juicio de testamentaría sobre su herencia.

- El día 27 de noviembre de 1995 se celebró Junta Extraordinaria de Alcrisen, SA, previa convocatoria judicial, en la que se tomaron los siguientes acuerdos: Primero.– Cesar en su cargo al hasta entonces don Constantino; Segundo.– Modificar los artículos 14 y 15 de los estatutos sociales, en el sentido de sustituir la figura del [...] por un Consejo de Administración; Tercero.– Nombrar nuevos consejeros. Cuarto.– Ejercitar la acción de responsabilidad contra el [...].

- Don Constantino interpuso demanda de menor cuantía contra Alcrisen, SA suplicando se dictase sentencia por la que se declarasen nulos adoptados en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 27 de noviembre de 1995, con expresa condena en costas a la parte demandada.

- 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 la demanda formulada de contrario, con expresa imposición al actor de las costas causadas».

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 50 de Madrid dictó Sentencia el 23 de enero de 1997 estimando la demanda íntegramente.

- En grado de apelación, la Sec. 11.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 23 de enero de 1997 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.

- Alcrisen, SA interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo aunque no casó la sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo primero se acusa infracción del artículo 1384 CC. Se fundamenta en que la sociedad de gananciales en liquidación hasta el momento en que la misma se practique, es una masa de bienes cuya titularidad corresponde, si la disolución de la sociedad ha ocurrido por muerte de uno de los cónyuges, al supérstite y a los herederos del fallecido, y no recae sobre cada uno de los elementos integrantes de la masa patrimonial. Se citan al efecto las sentencias de esta Sala de 25 de febrero de 1997 y 23 de diciembre de 1993, además de las opiniones doctrinales concordantes con la tesis expuesta. Por ello sostiene la recurrente que la Audiencia no debió aplicar el artículo 1384 a una sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, porque han dejado de serle aplicable las normas de tal sociedad, rigiéndose en lo sucesivo por las de la comunidad de bienes.

El motivo se estima, porque es errónea la aplicación del artículo 1384 para afirmar que el cónyuge supérstite es titular de las 420 acciones que suscribió y no se le puede negar el derecho de voto que de tal titularidad se desprende. Dice el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida: «... establecida legalmente una individualización de titularidad sobre un tipo concreto de bienes –dinero y títulos valores–, no existe razón para que tal sistema, que en definitiva presupone una afección de parte del caudal ganancial a un concreto cónyuge, no siga vigente en el período que media entre disolución y liquidación, vigencia que en la práctica es difícil negar respecto al dinero, no existiendo motivo sólido que permita adoptar otro criterio en cuanto a los títulos valores –en este caso acciones– de la que es titular el cónyuge supérstite». Tal interpretación del artículo 1384 se rechaza, porque el mismo no atribuye ninguna titularidad al cónyuge a cuyo nombre figuran las acciones de naturaleza ganancial. Es una norma de protección del tráfico, que da validez a los actos de administración o disposición del cónyuge a cuyo nombre figuren, corrigiendo así las consecuencias perturbadoras que podían derivarse de una rígida aplicación del principio de cogestión y codisposición de bienes gananciales establecido en el artículo 1375. En otras palabras, en una excepción al mismo, como el precepto citado reconoce.

Así las cosas, es claro que sólo se aplicará el artículo 1384 cuando exista una sociedad de gananciales en funcionamiento, no cuando se haya disuelto. Así lo interpretó esta Sala en la sentencia de 31 de diciembre de 1998.

Una vez desaparecido el presupuesto de aplicación del artículo 1384, la administración y disposición de las acciones a nombre del cónyuge supérstite sigue desde su disolución hasta su liquidación las reglas de la protección a la apariencia jurídica, y por ello se denegó en la citada sentencia de 31 de diciembre de 1998 la protección al comprador de unas acciones tituladas a nombre del cónyuge supérstite, que las vendió al disolverse la sociedad de gananciales y antes de su liquidación.

Es obvio que la protección de la apariencia jurídica no podría tener aplicación en este caso para afirmar que las 420 acciones a nombre del cónyuge supérstite tendían derecho a voto en la Junta de Alcrisen, cuando los restantes socios de la misma [los tres hijos comunes del matrimonio] conocen la realidad, están junto con aquél, envueltos en un juicio de testamentaría sobre la herencia de su fallecida madre.

La estimación de este motivo hace inútil el examen del segundo, formulado subsidiariamente al primero, además de que perseguía el mismo resultado que este último.

El motivo tercero denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial, consignada en las sentencias de esta Sala que cita, sobre legitimación activa para el ejercicio de acciones por un comunero. Se fundamenta en que el actor no interpuso la demanda en nombre de la comunidad ni postuló nada en favor de ésta, sino en su propio nombre y para sí, ni tampoco en beneficio de la comunidad, pues la materia litigiosa surge de un desacuerdo entre los propios comuneros, lo que excluye un asentimiento tácito de éstos al ejercicio de la acción por el actor. El motivo se desestima por su obvia inutilidad para combatir la sentencia de la Audiencia, la cual en ningún momento fundamenta la confirmación de la sentencia [apelada] de primera instancia en la legitimación de un comunero para accionar en beneficio de la comunidad.

El motivo cuarto y último acusa infracción del artículo 103 Ley de Sociedades Anónimas, y en él se combate otra *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, que literalmente dice: «... no sin antes indicar que, incluso en la hipótesis de que la circunstancia en que se encuentran el 70% de las acciones, impidiera emitir voto con base en las mismas –postura en la Junta–, los acuerdos enunciados bajo los números 2.º y 3.º, también devendrían nulos por defecto de constitución de la propia Junta. Efectivamente, conforme establece el artículo 103.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, para que la Junta tanto ordinaria como extraordinaria pueda, entre otros acuerdos, modificar los Estatutos sociales, será necesaria en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados, que posean al menos, el 50% del capital suscrito con derecho a voto, circunstancia que, si se sigue la tesis de los recurrentes, no hubiera concurrido desde el punto y hora que se negó la posibilidad de votar al 70% del capital social, por lo que sólo hubieran asistido a la Junta el 30% de los accionistas con derecho a voto, situación que, necesariamente debería haber comportado la celebración de la Junta en segunda convocatoria, en la que este requisito no se exige. Es decir, tanto se siga una u otra vía discursiva, la conclusión es la misma, la nulidad de los acuerdos propugnados por el socio en su día demandante».

Frente a ello opone la sociedad demandada y recurrente que a la Junta asistió la totalidad del capital social, declarando el Presidente su válida constitución con reconocimiento unánime de los presentes. Otra cuestión distinta es que a la hora de las votaciones no concordasen en el sentido del voto las 840 acciones gananciales ni en la designación de quien las pudiera representar.

El motivo pretende deducir la validez de los acuerdos impugnados porque la Junta se constituyó válidamente, lo cual no es aceptable porque conduce a la situación extraña de que las 840 acciones no pudieron ser tenidas en cuenta en el cómputo de la votación, pero sí para aquella válida constitución, a pesar de esta última circunstancia. Si no computaban para lo primero, tampoco debieron computar para lo segundo. Es contradictorio que para constituir válidamente la Junta las acciones representativas del 70 % del capital social tienen derecho al voto, pero cuando llega el momento de ejercitarlo se le impide al que las representaba en la Junta. Por todo ello el motivo se desestima.

La estimación del motivo primero no da lugar a la casación de la sentencia de la Audiencia, ya que el fallo de la misma ha de mantenerse, estimándose la demanda por otra razón sustitutoria de la que da la Audiencia, y es la de que, al estar las 840 acciones representativas del 70 % del capital social de la demandada dentro de la masa patrimonial que forma la comunidad postganancial, concurría la situación prevista en el artículo 66 Ley de Sociedades Anónimas, debiendo designar los titulares de aquella comunidad persona en el ejercicio de los derechos de socio de acuerdo con el artículo 395 CC. En consecuencia, el recurso de casación ha de desestimarse (sentencias de 27 de septiembre de 2002, 19 de diciembre de 2003 y 29 de enero de 2004), con condena en costas a la sociedad recurrente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Nulidad por falta de causa de la compraventa del 50% de los bienes gananciales en la que se establece como única contraprestación a cargo del esposo comprador la concesión a la esposa vendedora y a los dos hijos comunes, de un derecho de habitación sobre el chalet privativo del marido que constituía la vivienda familiar hasta que aquéllos cumplieran los 18 años.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

ANÁLISIS DEL CASO

El 3 de julio de 1995 doña Claudia y su marido don Jorge otorgaron capitulaciones matrimoniales, estableciendo que a partir de aquella fecha se sometían al régimen de separación de bienes. Asimismo, procedieron a relacionar los bienes de carácter ganancial, atribuyéndose los esposos el cincuenta por ciento de cada uno de ellos.

- Acto seguido y ante el mismo Notario doña Claudia vendió a don Jorge cuanto le había correspondido en la escritura anterior, valorándolo en 11.617.000 pesetas y recibiendo como contraprestación un derecho de habitación sobre la vivienda privativa de su marido –que hasta entonces había venido siendo domicilio conyugal– si bien se estableció que tal derecho se extinguiría el 24 de octubre de 2007, fecha en que los dos hijos gemelos del matrimonio alcanzarían la mayoría de edad.

- El 27 de noviembre de 1996 la Sra. Claudia interpuso demanda de separación matrimonial (autos 1052/1996 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria).

- Doña Claudia interpuso demanda de menor cuantía contra don Jorge solicitando que se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se declare que el contrato de compraventa suscrito por doña Claudia y don Jorge, mediante escritura pública otorgada al efecto ante el Notario de esta Capital, don Miguel Ángel de la Fuente del Real, de fecha 3 de julio de 1995, y bajo el número 2.418 de su protocolo, es nulo de pleno derecho, sin efecto ni valor de clase alguna por existir nulidad de consentimiento por error, dolo, falta de causa y lesión.

- Admitida la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que se acuerde desestimar la demanda formulada de adverso, absolviendo a esta parte de todos sus pedimentos, todo ello con expresa condena en costas a la parte actora por su temeridad y mala fe.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 23 de febrero de 1998 estimando íntegramente la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Las Palmas dictó Sentencia el 11 de septiembre de 1998 estimando el recurso interpuesto por don Jorge y desestimando la demanda.

- Doña Claudia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia la recurrente la infracción del artículo 1261.3.º en relación con el 1275, ambos del Código Civil, de los que resulta que no existe contrato si no concurre causa de la obligación que en el mismo se establezca y que los contratos en que falte el requisito de la causa no producen efecto alguno. Se alega que aunque el artículo 1277 del mismo cuerpo legal crea una presunción legal de la existencia de causa, añade a continuación, que la misma puede ser destruida por la prueba en contrario que aporte el deudor o, incluso, como ha declarado esta Sala, por medio de presunciones que lleven a la convicción del Juzgador la falta del requisito del artículo 1261.3 con lo que entraría en juego lo previsto en el artículo 1265.

Para decidir acerca del posible acogimiento de la tesis de la recurrente parece conveniente subrayar, ante todo, que el contrato que las partes definieron como compraventa de bienes de la esposa a cambio de un derecho de habitación, a favor de aquélla y de los dos hijos comunes de los contratantes, sobre un chalet privativo del marido, que constituía la vivienda familiar, ha de ser calificado de realmente inusual, presentando llamativos rasgos que obligan a pensar en que la contratante que recibía el referido derecho a cambio de la participación que le había correspondido en el patrimonio de la sociedad conyugal disuelta, había sido inducida a grave error acerca de determinadas consecuencias que el hecho de haber contraído matrimonio y de la procreación de los hijos, imponía a los cónyuges, tanto en situaciones de normalidad de la relación familiar, como en aquellos supuestos de crisis de la misma, que pudiesen dar lugar a la suspensión o incluso a la ruptura del vínculo matrimonial, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 1320, 91, 96 y concordantes del Código Civil.

En efecto, en 1995 los hoy litigantes se hallaban unidos en matrimonio y tenían fijada la vivienda familiar –como se ha dicho– en el chalet privativo

del marido en el que, precisamente, el Sr. Jorge ofrecía un derecho de habitación a su esposa e hijos, hasta la mayoría de edad de éstos, a cambio o en lugar del abono en metálico del precio que se asignó al cincuenta por ciento de cada uno de los bienes que al disolverse la sociedad de gananciales le habían correspondido a la recurrente.

Tan sorprendente propuesta no significaba realmente sino que la fijación de un precio por el activo patrimonial sobre el que recaía el contrato era una simple apariencia –vacía absolutamente de contenido– de la existencia de tal elemento objetivo de la compraventa que decía celebrarse, al ser la contraprestación que se ofrecía a la vendedora una mera posibilidad de futuro, de carácter puramente eventual y contingente, que no llegaría a tener efectividad en el supuesto de que se mantuviese la situación de normalidad matrimonial, no exenta de problemas, que por el momento registraba la unión de los cónyuges.

Por otra parte, y para el caso de que llegase a producirse una crisis –como la que en definitiva surgió, en méritos a la demanda de separación que hubo de interponer la esposa– la aplicación de la normativa sobre la vivienda familiar que se contiene en los preceptos antes mencionados, presentaba como altamente probable que, debido a la corta edad de los hijos comunes, fuesen confiados al cuidado de la madre, lo que atraería el derecho de la recurrente, junto con ellos, al uso de la vivienda familiar, con carácter exclusivo y excluyente, exento, además, de las cargas que impone al habitacionista el artículo 527 del Código Civil y sin que tal derecho se viese forzosamente limitado únicamente al período en que los hijos fuesen menores de 18 años, pues es notorio que la adquisición de la mayoría de edad no suele coincidir con la plena independencia económica: De hecho, así sucedió, pues el Juzgado competente asignó a la esposa el cuidado de los hijos y el uso de la vivienda aludida, sin establecer plazo definido de duración de este efecto de la separación matrimonial decretada.

No puede caber duda alguna de que el insólito contrato celebrado por los litigantes a continuación de la modificación de su régimen matrimonial, pugna abiertamente con la idea de una actuación de buena fe por parte de quien, presentándose como comprador, se limitaba a ofrecer en pago del precio establecido algo que por determinación legal estaba ya obligado a procurar a su esposa e hijos, y con mayor amplitud, existiese o no crisis matrimonial.

En tal contexto y debiendo entenderse por causa para cada parte en los contratos onerosos la prestación de una cosa o servicio por la otra parte (artículo 1274 del Código Civil) es evidente que en el caso que nos ocupa tal prestación no tenía consistencia real, por lo que es ostensible la falta de causa de la pretendida compraventa, la cual fue otorgada con grave error por la recurrente sin duda inducida con engaño por su esposo, con la finalidad de despojarla de toda la participación que acababa de asignársele en los bienes gananciales, según se ha señalado en la sentencia de primera instancia.

El necesario acogimiento del motivo objeto de consideración hace que no sea preciso pasar al examen de los dos restantes.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Legitimación de la esposa para reclamar a los cofiadores la parte correspondiente que abonó de la deuda principal sin que sea obstáculo alguno que el pago se hiciese por el esposo, ya que no existe prueba de que tuviera carácter privativo el dinero con que se pagó la parte de la deuda principal de la que debían responder proporcionalmente los demandados, en sus relaciones con los demás cofiadores.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El 28 de julio de 1992 don Lázaro y don Adolfo, administradores solidarios de «ERNE, SA», así como sus esposas habían suscrito póliza intervenida por Corredor de Comercio en la que se recogía el préstamo de 19.350.000 pesetas que Banco Hispano Americano concedía a «ERNE» y del cual los mencionados administradores y sus esposas se constituían en fiadores solidarios.

⊙ Al no haber sido satisfecha la primera de las doce cuotas mensuales previstas para la devolución de la cantidad objeto de aquel contrato, el Banco promovió juicio ejecutivo contra la deudora principal y todos sus fiadores, si bien por falta de notificación previa a don Adolfo y a su esposa, sólo fue despachada ejecución contra los demás demandados.

⊙ Dictada sentencia de remate, el Sr. Lázaro abonó a la entidad ejecutante la cantidad que reclamaba y requirió posteriormente al otro administrador de «ERNE» y a su esposa el reintegro de la mitad de la misma, que ascendía a 11.006.844 pesetas, petición que no fue atendida.

⊙ Don Lázaro y doña María Inmaculada interpusieron demanda de menor cuantía contra don Adolfo y su esposa doña Clara, solicitando se dicte sentencia por la que: a) Condene al demandado don Adolfo a abonar a don Lázaro la cantidad de 2.751.711, pesetas y a abonar a doña María Inmaculada igual cantidad de 2.751.711 pesetas. b) Condene a la demandada doña Clara a abonar a don Lázaro la cantidad de 2.751.711 pesetas y a abonar a doña María Inmaculada igual cantidad de 2.751.711 pesetas. c) Condene a los demandados al pago de los intereses legales del anticipo desde la fecha en que se efectuó el pago por mis mandantes. d) Condene a los demandados al pago de las costas de este procedimiento».

⊙ Los demandados se personaron en autos solicitando que estimando los motivos de oposición opuestos se les absuelva de la demanda interpuesta de adverso, y con carácter subsidiario y para el hipotético supuesto de que se estime la existencia de la acción ejercitada, dicte sentencia por la que: 1.º Absuelva a mis representados de la acción instada por doña María Inmaculada, por falta de legitimación; 2.º Absuelva a mis representados de la condena de intereses moratorios en los términos suplicados por la actora.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Vitoria-Gasteiz dictó Sentencia el 18 de febrero de 1998 estimando totalmente la demanda y condenado: a) A don Adolfo a abonar a don Lázaro la cantidad de 2.751.711 pesetas y a doña María Inmaculada igual cantidad de 2.751.711 pesetas. b) A doña Clara a abonar a don Lázaro la cantidad de 2.751.711 pesetas y a doña María Inmaculada igual cantidad de 2.751.711 pesetas. Igualmente se condenó a los demandados al pago del interés legal de las cantidades referidas desde la fecha de 29 de diciembre de 1995.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Álava dictó Sentencia el 29 de octubre de 1998 desestimando el recurso interpuesto por los demandados.

⊙ Don Adolfo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado otros motivos de apelación y centrándonos en el cuarto motivo, se alegaba por el recurrente la infracción del artículo 1844.1.º del Código Civil, por cuanto el pago de la deuda principal había sido realizado solamente por el Sr. Lázaro, de lo que se sigue que su esposa, también demandante, no tiene la condición de fiador que ha pagado y, por tanto, no se halla legitimada para el ejercicio de la acción de reintegro contra los cofiadores.

Ha de tenerse en cuenta que no existe prueba de que tuviera carácter privativo el dinero con que se pagó la parte de la deuda principal de que debían responder proporcionalmente los ahora recurrentes, en sus relaciones con los demás cofiadores, y, por tanto ha de estarse a la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 del Código Civil.

De ahí, que el crédito originado por dicho pago tenga la misma naturaleza y, por tanto, que la reclamación del mismo constituya un acto de gestión que corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, como previene el artículo 1375 del citado Cuerpo legal, cualquiera de los cuales puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes (artículo 1385, segundo párrafo).

En consecuencia, ha de ser desestimado el motivo objeto de consideración y lo mismo ha de decirse del 5.º y 6.º, dado que:

a) En el quinto se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1344 del Código Civil, ya que –se alega– todavía no se ha procedido a la liquidación de la sociedad conyugal de los demandantes y, por ello, doña María Inmaculada carece de derecho privativo alguno sobre la mitad de la cantidad satisfecha por su esposo, lo que, a tenor de lo prevenido en los artículos 1375 y 1385, ya citados, es irrelevante.

b) En el sexto se aduce la infracción por inaplicación del artículo 1385.1.º, respecto al ejercicio de los derechos de crédito, con olvido de cuanto indica el segundo párrafo del propio precepto.

En el séptimo motivo se alega la infracción por inaplicación de los artículos 1100 y 1108, en relación con el artículo 1844, todos ellos del Código Civil, sobre el momento de incurrir en mora el deudor. Se razona que el último de dichos preceptos no establece expresamente que exista solidaridad entre los cofiadores, en relación con el que pagó la deuda, por cuanto éste sólo puede dirigirse respecto a cada uno de los primeros por la parte de deuda que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

Además, al no preverse un régimen especial de mora entre cofiadores, el devengo de intereses sólo debe comenzar a partir del día siguiente a aquel en que se formuló la correspondiente reclamación.

El motivo ha de ser asimismo rechazado. Debe tenerse en cuenta que la regulación de la fianza que contiene el Título XIV del Libro IV del Código Civil, según resulta de su artículo 1822, segundo párrafo, se refiere casi exclusivamente a aquellos supuestos en que el fiador no se ha obligado solidariamente con el deudor, pues si se ha pactado tal solidaridad la citada norma ordena que se observe lo dispuesto para las obligaciones de tal naturaleza (Sección cuarta, capítulo 3.º, Título 1.º del mismo Libro Cuarto).

Tan es así que únicamente se refieren a la fianza solidaria –además del precepto que acaba de mencionarse– el artículo 1831.2.º y el 1852.

En tal contexto y dado que en la póliza en que se documentó el préstamo de litigio se ha pactado la solidaridad de los fiadores no puede entenderse que la disposición aplicable a la reclamación de intereses que nos ocupa sea la del primer párrafo del artículo 1100, ni tampoco cabe referirse al artículo 1844 (pues éste, como los demás que integran el Título XIV, con las excepciones ya mencionadas, no contiene el régimen a que están sujetas las fianzas solidarias), sino que ha de acudirse a lo prevenido en el artículo 1145, como con acierto se establece en las sentencias de instancia.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Para determinar la situación económica de los bienes partibles –y ello es aplicable a una sociedad mercantil perteneciente a los cónyuges– habrá de estarse al tiempo de la partición y no al de la disolución de la sociedad de gananciales, pudiendo por tanto rechazar el tribunal la prueba pericial practicada que no se atuvo a este criterio en el momento de efectuar la valoración.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Romeo interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra doña Rosario solicitando que se dictase sentencia por la que acuerde la liquidación de la extinta sociedad de gananciales disuelta por sentencia de separación adjudicando al esposo: los derechos de arriendo y, en su caso, traspaso de los locales sitos en ... de Oviedo; la propiedad del local sito en ... de Oviedo y los vehículos matrículas I-...-IW, I-...-VW y E-...-ID; así como todo el pasivo inventariado en el apartado letra B) del hecho noveno de la demanda, y a la esposa doña Rosario: el metálico por importe de 6.970.468

pesetas y los derechos de arriendo y, en su caso, traspaso del local sito en de Oviedo, con la obligación de compensar la esposa a don Romeo en la suma de 3.473.321 pesetas por diferencias de valor de bienes adjudicados, condenando asimismo a la demandada al pago de las costas procesales.

⊙ Doña Rosario contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «por la que se desestime la demanda, absolviendo a mi representada de las peticiones en ella deducidas, con imposición de las costas a la parte actora».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Oviedo dictó Sentencia el 24 de febrero de 1998, estimando parcialmente la demanda acuerda la liquidación de la sociedad de gananciales que formaban las partes con el inventario, avalúo y adjudicaciones que figuran en el fundamento núm. 5.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Oviedo dictó Sentencia el 12 de noviembre de 1998, estimó parcialmente el recurso en el sentido de declarar procedente la inclusión en el inventario de la sociedad de gananciales y en su activo la partida de metálico de 6.974.468 pesetas, ordenando al contador dirimente a adicionarla a su cuaderno y efectuar en el mismo las modificaciones que de tal adición se deriven.

⊙ Doña Rosario interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el particular relativo a las costas del recurso de apelación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado las cuestiones relativas a los defectos de técnica casacional, nos interesa destacar de esta sentencia lo que el Tribunal Supremo viene a indicar en relación con la fecha de valoración de los bienes que componen la sociedad de gananciales: a) que, con independencia de que el artículo 1045 CC se refiere a la donación, 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; S 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 diciembre 1993, 8 julio 1995 y 27 octubre 2000); sin que se plantee la problemática a que alude el recurrente, pues, con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, y durante el período 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, en absoluto es errónea la apreciación del juzgador de instancia consistente en que para determinar la situación económica de los bienes partibles –y ello es aplicable a una sociedad mercantil perteneciente a los cónyuges– habrá de estarse al tiempo de la partición y no al de la disolución de la sociedad de gananciales, y, b) porque, aparte de que el argumento anterior es el invocado como básico por el juzgador de instancia para rechazar el informe pericial («muy especialmente», dice), en cualquier caso, constituye facultad de dicho Tribunal apreciar la parcialidad y falta de autenticidad («no contrastada oficialmente», indica) de la documentación facilitada al perito, y, además, el problema no radica en la documentación que el perito pidió, o la que se le pudo proporcionar, –temas ajenos a la valoración de la pericia–, sino en la documentación que efectivamente tuvo a su disposición el perito para emitir su dictamen.

En otro orden de cosas se acusa infracción por inaplicación del artículo 710 LEC en relación con el pronunciamiento sobre las costas procesales de la apelación. El motivo se estima en el sentido de imponer las costas correspondientes al recurso de apelación de doña Rosario a dicha apelante, por las razones siguientes:

1.ª) Porque no se advierte en qué extremo o particular se ha podido acoger su recurso de apelación, careciendo totalmente de fundamento la estimación parcial.

2.ª) La resolución de apelación revoca la del Juzgado únicamente en el sentido «de declarar procedente la inclusión en el inventario de la sociedad de gananciales habida entre las partes, hoy litigantes, y en su activo la partida de metálico de 6.974.468 pesetas, ordenando al contador dirimente a adicionarla a su cuaderno y efectuar en el mismo las modificaciones que de tal adición se deriven», y sucede: a) que dicha partida, aunque con una diferencia de cuatro mil pesetas menos (6.970.468 pesetas), ya había sido incluida en el inventario aprobado –modificado– por la resolución de primera instancia (FJ 5, bajo la rúbrica de Efectivo, al folio 517); b) dicha adición había sido pedida por el actor don Romeo y se había opuesto la demandada (FFJJ 3 y 4 de la Sentencia del Juzgado, y 5, párrafo tercero, y 6 de la Sentencia de la Audiencia), y, c) es claro que la adición beneficia al Sr. Romeo y perjudica a la Sra. Rosario, porque fue esta última la que se quedó con el remanente de la venta de la vivienda familiar por el importe expresado, y,

3.ª) El escrito de impugnación del recurso de casación no da ninguna razón consistente, ni siquiera explicación lógica, respecto del pronunciamiento judicial impugnado en el recurso, pues, obviamente, cabe plantear en casación (sea al amparo del ordinal tercero, o bien del ordinal cuarto, del artículo 1692 LEC) la infracción del artículo 710, párrafo segundo, LEC sobre costas de la apelación, y, por otro lado, no hay más diferencia entre las sentencias de primera instancia y apelación que la expresada, sin que, por lo demás, del contenido de ésta quepa ni siquiera atisbar el porqué de la decisión adoptada.

Como consecuencia de lo razonado resulta irrelevante la expresión de la parte dispositiva de la Sentencia recurrida relativa a la estimación parcial del recurso de doña Rosario, se mantiene la adición efectuada en el fallo porque no ha sido impugnada e incluso su supresión perjudicaría al recurrente dando lugar a una vulneración de la prohibición de la reforma peyorativa, y se imponen a la demandada las costas de su recurso de apelación porque no hay estimación del mismo, y es por lo tanto de aplicación el párrafo segundo del artículo 710 LEC.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Procede incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales el crédito que ostenta la esposa por haber abonado las cuotas de la Comunidad de Propietarios aunque fuese la única que estaba habitando el inmueble.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

Don Braulio interpuso contra doña Fátima demanda de menor cuantía sobre liquidación de sociedad de gananciales en la que solicitaba que se dictara sentencia por la que, se declarase: 1.º) Que el inventario de los bienes de la sociedad de gananciales de los cónyuges don Braulio y doña Fátima, es el descrito en el hecho cuarto de la presente demanda, con determinación exacta del saldo de cuentas corrientes, a la fecha de la separación que se acredite en la prueba o en ejecución de sentencia. 2.º) Que una vez firme la sentencia, en trámite de ejecución de la misma, se deberá proceder al avalúo de los bienes del inventario aprobado judicialmente, con designación de peritos, nombramiento de Letrado Contador Partidor y, que a fin de practicar la liquidación y adjudicación de los bienes por dicho letrado se formule cuaderno particional de la división y adjudicación de los bines. 3.º) Condenar a la demandada en costas si se opusiere a la presente demanda.

⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, formulando reconvención, y, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia que en su Fallo dispusiera: 1.º) Desestimar la demanda en los términos que en su súplica pide la parte actora que se forme el inventario de la sociedad de gananciales cuya liquidación reclama. 2.º) Estimar la reconvención, declarando que el inventario de la sociedad de gananciales en liquidación es el detallado por esta parte reconviniente en el hecho primero y único de su reconvención. 3.º) Condenar a la parte demandante al pago de las costas procesales que se causen en el juicio, si se opusiera a la demanda reconvencional formulada por la demandada reconviniente.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Valladolid dictó Sentencia el 17 de marzo de 1998 estimando parcialmente la demanda y la reconvención declarando que el inventario de la sociedad de gananciales se conforma según el siguiente detalle: ACTIVO: –Saldo, si existiera a la fecha de 18 de septiembre de 1995, en la cuenta o libreta abierta en la entidad «Banco Bilbao-Vizcaya» a determinar en período de ejecución de sentencia. –Saldo en cuantía de 220.022 pesetas, existente en cuenta abierta en la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid». –Aportaciones al Plan de Pensiones suscrito por don Braulio a la entidad «BBV Entidad Gestora de Fondos de Pensiones, SA» por el valor que igualmente se determine en período de ejecución y hasta la fecha de disolución 18 de septiembre de 1995. –Valor de rescate que corresponda a la póliza número 17/001032, contratado por «BBV» a «Euroseguros, SA, de Seguros» a la fecha de su anulación, a determinar en ejecución de sentencia. –Valor de rescate que a la fecha de disolución o anulación en su caso, a determinar, asimismo, en ejecución de sentencia, correspondiente a la póliza número 83/000955 contratada el 10 de octubre de 1987, por el esposo don Braulio. –Primas (a determinar en ejecución) correspondientes a póliza de seguros número 1001039, suscrita con «Seguros Órbita, SA», a la fecha de disolución 18 de septiembre de 1995. Valor de la venta del vehículo marca Volkswagen a determinar en período de ejecución de sentencia. MUEBLES. Mobiliario doméstico compuesto por los siguientes: –Cocina con frente amueblado, frigorífico, una mesa y dos sillas y vajilla ordinaria. –Lavadora en servicio pequeño. –Mueble con espejo en baño grande. –Dormitorio de Matrimonio, con cama, armario, comodín, dos mesillas y una silla. –Dormitorio, con dos camas, armario, mesilla, sinfonier, cuatro sillas, televisión y máquina de coser. –Comedor, con mueble aparador, dos sofás biplazas y mesa baja. –Mueble pequeño en pasillo. INMUEBLES. –Vivienda designada con la letra C en la planta sexta del edificio número 3 de la Calle Urano de Valladolid, dotada de garaje y trastero. DERECHOS Y ACCIONES. –Rendimientos obtenidos por la empresa de autotaxis cuya explotación está autorizado por licencia número 153 del Excmo. Ayuntamiento de Valladolid, relativas al ejercicio de 1994, y hasta el 18 de septiembre de 1995, a determinar en ejecución de sentencia. –Licencia de Autotaxis número 153, concedida por el Excmo. Ayuntamiento de Valladolid en el valor que se fije en período de ejecución de sentencia. –Devolución de IRPF, correspondientes al ejercicio de 1994 y hasta el 18 de septiembre de 1995 a determinar en período de ejecución de sentencia. PASIVO. –Créditos de la esposa contra la sociedad de gananciales por los pagos efectuados del IBI, Comunidad de Propietarios y primas de seguro de la vivienda con su garaje y trastero, sita en el número 3 de la Calle Urano de Valladolid, a concretar en período de ejecución de sentencia y sin perjuicio de actualización. Imponiéndose las costas procesales a cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Valladolid dictó Sentencia el 9 de julio de 1998 revocamos parcialmente dicha sentencia con el único objeto de excluir del Pasivo del Inventario aprobado, la partida correspondiente al crédito de la esposa por los pagos hechos a la Comunidad de Propietarios a la que pertenece la vivienda matrimonial. Resto de los pronunciamientos se con-

firman, imponiendo a la demandada el pago de las costas originadas en esta alzada por su recurso, no haciendo pronunciamiento especial respecto de las causadas por el recurso del actor.

⊙ Doña Fátima interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se alega la inaplicación del artículo 1396.3 del Código Civil, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha excluido del pasivo del inventario la partida correspondiente al crédito de la esposa por los pagos hechos a la Comunidad de Propietarios a la que pertenece la vivienda conyugal, con base en que la recurrente «es la única que viene usando y disfrutando de la citada vivienda y de sus servicios y suministros», sin embargo esta explicación carece de apoyo legal, pues, según el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los comunes por naturaleza y por destino, que sean necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento, salvo acuerdo de la Junta, determinación en el Título constitutivo o en los propios Estatutos.

En el segundo motivo del recurso, se denuncia por transgresión del artículo 1398.2 o, alternativamente, del artículo 1398.3 del Código Civil, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia rechaza la pretensión de la recurrente de incluir en el pasivo del inventario el importe de la indemnización que le fue abonada por despido, con fundamento en que, aunque la misma pudiera clasificarse inicialmente como privativa, lo cierto es que poco tiempo después de su percepción pasó a ser ganancial al integrarse en el acervo común, en atención a que la propia esposa admite, en confesión judicial, que su importe fue empleado en la adquisición, junto con su marido, de un vehículo «Wolksvagen», al que atribuye naturaleza ganancial, por lo que pidió la inclusión de su valor en venta en el activo de la sociedad, amén de que los cónyuges tienen legalmente reconocida una amplia libertad para contratar e, incluso, modificar la naturaleza de los bienes que les pertenecen (artículos 1323 y 1355 del Código Civil), y basta el mutuo acuerdo o la conformidad para provocar que un concreto bien, al cual, en todo o en parte, pudiera ser privativo, se desplace al patrimonio común, pero con ello se ha vulnerado el derecho fundamental de igualdad ante la ley, que garantiza el artículo 14 de la Constitución, habida cuenta de que la exclusión en el Pasivo del Inventario del crédito de la recurrente por el importe de la indemnización indicada se funda en una discriminación prohibida constitucionalmente.

El motivo se desestima porque los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (artículo 1323) y, en verdad, un bien obtenido, como indica el artículo 1355, es adquirido como ganancial, de manera que la aportación a la sociedad conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos cónyuges realizan al consorcio ganancial, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo del principio de libertad de contratación que rige entre cónyuges al igual que entre extraños (artículos 1255 y 1323 del Código Civil), sin que ello suponga vulneración del artículo 14 de la Constitución. Por demás, supondría clara discordancia la inclusión en el inventario, como privativa, de la indemnización por despido y, como ganancial, del automóvil comprado en parte con la misma.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial del inmueble adquirido con intervención de marido y mujer en la escritura de compraventa, en la que el primero confesaba haberse adquirido con dinero propio de la mujer y reconociendo su calidad de parafernal, habida cuenta que aunque no era aplicable el actual artículo 1324 del CC (privaticidad por confesión) la jurisprudencia anterior exigía la prueba de la procedencia del dinero para destruir la presunción de ganancialidad

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Magdalena y doña Mariana promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Gema y don Mauricio sobre diversos extremos en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «a) Que las demandantes son herederas forzosas de don Rogelio y doña María José y por ello con derecho a percibir la porción legitimaria correspondiente a los bienes de los mismos. b) Que los bienes objeto de compraventa que contiene la Escritura pública de fecha 28 de agosto de 1995 otorgada ante el Notario don José Pedro Riol López y el contrato privado de fecha 22 de septiembre de 1995, forman parte integrante del caudal hereditario de los causantes, y en consecuencia se declare la nulidad de dichos contratos así como la cancelación de las inscripciones que dichas adjudicaciones pudiesen haber causado en el Registro de la Propiedad o en cualquier otro. c) Y en consecuencia se condene a los demandados a estar y pasar por tal pronunciamiento, restituyendo a las demandantes los bienes hereditarios, tanto muebles como inmuebles, reponiéndolos en su caso a su estado inicial o indemnizando por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado en los mismos. d) Que asimismo se restituya a las actoras los bienes de su propiedad existentes en la vivienda paterna. e) La condena en costas a los demandados.»

⊙ Admitida a trámite la demanda y comparecidos los demandados, su defensa y representación legal 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 desestimen en su totalidad las pretensiones de las actoras, o subsidiariamente, para el caso de ser estimadas, se proceda al abono a mis representados de los gastos que acrediten en ejecución de sentencia, como derivados de la adquisición de los bienes objeto de litis y las mejoras realizadas en los mismos, y todo ello con expresa imposición de costas a las demandantes».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Vigo dictó Sentencia el 30 de septiembre de 1997 estimando en parte la demanda declaró que las demandantes son herederas forzosas de don Rogelio y doña María José y por ello con derecho a percibir la porción legitimaria correspondiente a los bienes de los mismos, absolviendo a los demandados del resto de los pedimentos contra ellos deducidos en el suplico de la demanda principal y debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia en la tramitación de la demanda principal y las comunes por mitad.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó Sentencia el 18 de noviembre de 1998, acogiendo parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña

Mariana, y revocando la sentencia de instancia, estima parcialmente la demanda por aquéllas formulada en primera instancia y declara que el inmueble que ha sido vendido en Escritura de 28 de agosto de 1995 forma parte del patrimonio hereditario de los causantes de las demandantes –sus padres, don Rogelio y doña María José–; declarando la nulidad del contrato de venta referido, la cancelación de la inscripción que se hubiese efectuado en el Registro de la Propiedad a nombre de las demandadas; condenamos a los demandados doña Gema y Don Mauricio a restituir a las demandantes –para su integración en aquella comunidad– del inmueble a que se refiere la citada venta. No se hace condena en costas en ninguna de las dos instancias.

⊙ Don Mauricio y doña Gema interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes en casación alegan los siguientes motivos: el 1.º, por infracción del artículo 1324 CC, en relación con los 1381, 1382, 1387 y 1396 del mismo texto legal en su redacción originaria, pues la Audiencia entendía que era aplicable al caso el primero de dichos preceptos en su redacción actual a partir de la reforma de 1975 (y posterior de 1981), y por ello calificaba los bienes transmitidos de gananciales, pese al reconocimiento que, de su privacidad, se hacía expresamente por el esposo en favor de su mujer en la escritura de la adquisición de su propiedad, con el carácter de parafernal, a pesar de que, dada la fecha de la adquisición del bien (13 de julio de 1955), o de la liquidación de la sociedad de gananciales de los mismos, por fallecimiento del esposo (16 de febrero de 1962), tal redacción no existía, y no existía en el Código Civil precepto alguno de similar contenido, por lo que, de la redacción anterior de los artículos 1381, 1382, 1387 y 1396, debía entenderse que la finca era propiedad de doña María José, con el carácter de parafernal, por haberla pagado con bienes de su propiedad, aún sin tener en cuenta la confesión que a tal efecto había hecho el marido; el 2.º, por interpretación errónea del artículo 1324 CC y de la jurisprudencia que lo desarrollaba, aparte de lo dicho en el motivo anterior, pues el carácter parafernal del inmueble derivaba, sin ninguna duda, y de acuerdo con la prueba practicada, del hecho de haber sido adquirido con bienes propiedad de la esposa: se seguía diciendo que los antecedentes del artículo 1324 CC derivaban de la doctrina de la dote confesada, que siempre había tenido fuertes garantías de restitución, con hipoteca tácita en favor de la esposa, que le otorgaban preferencia sobre todas las de igual clase, e incluso sobre las expresas de fecha posterior a su constitución, según la Ley de Partidas, evitándose, según la doctrina entonces imperante, los posibles fraudes del marido frente a terceros, los que podían impugnar su reconocimiento hecho por confesión del mismo, y así, la LH de 1861 establecía que la entrega al marido de los bienes de la dote, en virtud de confesión del marido, no era eficaz frente a terceros, llegándose así al caso actual de reconocimiento de bienes parafernales, para que el marido los administrase o para desvirtuar la presunción de pertenecer a la comunidad de gananciales, manifestándose en este caso, además, en la escritura pública su adquisición con bienes propios de la mujer, incluso en testamento, lo que perjudicaba a los acreedores, e incluso la prohibición entonces de la donación entre cónyuges, sentando la doctrina más acreditada y la jurisprudencia que tales declaraciones sólo vinculaban a los esposos y a sus herederos, mientras no resultaran lesionadas sus legítimas, y como en la reforma de 1981 se suprimió la prohibición de las donaciones entre cónyuges, ello produjo la actual redacción del artículo 1324, por lo que el reconocimiento del marido en favor de la mujer servía para justificar el cobro de dinero que procedía de la misma, o era simplemente confirmatorio de su privacidad, evitando a la larga pruebas muy difíciles de realizar, y el 3.º, otra vez, por errónea e indebida aplicación del artículo 1324 dicho, incluso en su redacción actual, según el que la confesión, en el sentido que se indica, respecto a la calificación de los bienes transmitidos, hecha por un cónyuge, no puede perjudicar a los herederos forzosos del confesante, pero en el caso presente, no procedía la nulidad de la transmisión posterior, con esa calidad, pues, al estar declarado que el precio no era irrisorio, su importe debió pasar al patrimonio de la causante, no pudiendo resolverse, como hacía la Audiencia, que la prueba de la no existencia de otros bienes en el patrimonio de la causante corresponde a los demandados, que no eran parte en la herencia, de donde derivaba que no había perjuicio para los herederos forzosos.

La Resolución de la Audiencia tiene su fundamento jurídico final en que dicho bien debe ser jurídicamente calificado como ganancial, y que fue nula e ineficaz su referida disposición, por hacerlo la transmitente como bien parafernal, de su exclusiva propiedad, aspecto este al que se limita el actual Recurso, por lo que debe decidirse aquí si ese bien, en el momento de su adquisición de terceros (1955) era bien de propios de la misma o común perteneciente a la sociedad de gananciales del matrimonio, y si, al momento de la liquidación de ésta, por fallecimiento del marido (1962), debió practicarse dicha liquidación o partición, incluyéndolo en ella, ya que, al ser vendido por la cónyuge sobreviniente (1995), en este último caso, y partiendo de su condición de ganancial o común, ella carecía para transmitirlo de facultades legales sin el concurso, que no se dio, de las herederas del marido (las actoras). Dicha Sentencia, entiende, pues, como se ha relatado anteriormente, y ello en aplicación del artículo 1324 CC, en su vigente redacción, o de la jurisprudencia existente anteriormente a la misma, para el supuesto que se estudia (cita la misma las SS de esta Sala, de 2 de febrero de 1951 y 28 de octubre de 1965), que, al no constar la existencia de otros bienes, se perjudica la legítima de las herederas reclamantes, por lo que debe volver a integrarse en el patrimonio hereditario partible, y debe valer la presunción de ganancialidad sobre los mismos, por no estar probada, al momento de su adquisición, la subrogación real del núm. 4.º del antiguo artículo 1397 CC, entre el bien referido y el patrimonio existente en el dominio de la esposa, que se emplea para su adquisición, y sin que sirva la confesión sobre su privacidad (parafernalidad) de los mismos hecha por el marido, dada la existencia de la excepción que limita los efectos de la referida confesión.

Los 3 motivos del Recurso, coinciden en el tema así planteado (olvidando cualquier otro punto ajeno al mismo), y que en el comienzo del proceso fue también propuesto, refiriéndose el 1.º a la inaplicabilidad del artículo 1324 en su actual redacción, pues la anterior a 1975 sería la que procedía; el 2.º, si bien con una referencia externa a la similitud del caso con el de la dote confesada (mediando, completándola, también la prohibición, entonces vigente, de las donaciones entre cónyuges), para llegar a una situación legal similar a la aplicada por el Tribunal *a quo*, pero desmarcándose de ella, dado que, si bien se trataba de evitar los continuos fraudes a acreedores y legitimarios perjudicados, con la confesión, en documento público, de la existencia de la referida dote, no obstante, si no se le daba validez, se perjudicaba, como en este caso, la posibilidad de probar, sobre todo si se trataba de un tercer adquirente, ajeno al círculo de la herencia, la subrogación real que se producía (bienes propios con los que se adquiere el nuevo, objeto de la calificación sobre su ganancialidad o privaticidad) a partir de la existencia de los bienes propios que servían para el cambio, y el 3.º, en relación a que la confesión del esposo, sobre esa privaticidad de los bienes de los que derivaba la adquisición del puesto en discusión, partía de reconocer que los mismos existían, y que ello se había olvidado en la Sentencia.

Planteado así el Recurso, y reducido éste, en el conjunto de sus tres motivos, a la determinación de la aplicación al presente caso, bien del vigente artículo 1324 CC, o de sus antecedentes del mismo Código conforme a la jurisprudencia anterior que contemplaba el mismo supuesto aquí deducido, en definitiva, al valor que deba darse a la confesión (aquí realizada) del marido, hecha en documento público de compraventa de un bien, por la que el mismo atribuye a dicha cosa la calidad de parafernal o privativo de la esposa, en base a una, también, declaración genérica de que está adquirido con bienes procedentes del patrimonio de la mujer (con lo que se daría la subrogación real de un bien por otro, del artículo 1346.3.º CC, en su redacción actual y en el 1396.4.º del mismo, en su texto anterior). El Recurso debe ser rechazado, en base a las siguientes consideraciones, en las que se responde a todos los motivos planteados:

A) Es cierto, como punto de partida, que la redacción del actual artículo 1324 dicho es nueva, y que no se corresponde con ningún precepto de la anterior redacción de dicho Cuerpo legal, atinente a la materia en él regulada, anterior a 1975 (y cuyo texto actual se dio por Ley 11/1981, de 13 de mayo), por lo que, produciéndose la compraventa de que se trata en 1955, y en 1962 el fallecimiento del esposo, en cuyo momento se produjo, por efecto legal, la extinción, procediendo la liquidación de la sociedad matrimonial de gananciales, será en aquel momento, o en éste, cuando la fecha influye en la calificación del referido bien, como común o particular, y se daría la procedencia, o no, de la partición de los gananciales, en cuyo instante entraría en acción la participación de las herederas, hoy reclamantes, para cualquier enajenación de algún bien, aún no adjudicado, por pertenecer a una comunidad de bienes, de la que forme parte.

B) Lo que debemos preguntarnos, a partir de entonces, y ante la inexistencia en su momento de un precepto del Código tan claro como el hoy vigente, el indicado, a qué otro precepto o preceptos debemos acudir, para resolver tal cuestión, y si la jurisprudencia resolvió el tema, y en qué sentido, debiendo decir, al efecto, lo siguiente:

1. El precepto al que, en la redacción vigente al momento que se indica, debía acudirse para resolver la cuestión, por su generalidad, y las deduccio-

nes jurisprudenciales que del mismo derivaban, es el antiguo artículo 1407 CC, que sentaba la regla general (presunción legal) de «ganancialidad» de los bienes adquiridos durante el matrimonio, salvo prueba en contrario, estando ésta siempre a cargo de la persona beneficiada para la posible calificación de «privaticidad» contraria.

2. Las jurisprudencia recaída en torno a tal precepto, remarcaba la fuerza de la presunción establecida, e imponía una fuerte carga probatoria a quien pretendiera ampararse en la excepcionalidad que el mismo recogía (*vid.* SS de esta Sala, del período de su aplicación, de 13 de noviembre de 1917, 2 de febrero de 1925, 31 de marzo de 1930 y 21 de noviembre de 1950).

3. En base a la fuerza impuesta a la regla precedente (aunque como presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario), la doctrina jurídica remarcó, al estudiar dicho precepto, que para destruir tal presunción, no bastaba la confesión que el marido hiciera en la escritura de compra de haberse realizado la adquisición con dinero de la mujer, pues ha de constar esa procedencia, para que pueda perjudicar a tercero, por medios distintos de la confesión de los cónyuges, habiendo de ser por lo general, la prueba documental y pública la procedente, ya que no en vano se trata de contrarrestar una presunción legal, contra la cual son ineficaces presunciones de signo contrario. En tal sentido, las SS de esta Sala (no sólo las citadas en la recurrida, de 2 de febrero de 1951 y 28 de octubre de 1965), sino otras al efecto dictadas, van en ese sentido, y así, dicen las de 19 de diciembre de 1957 y 24 de noviembre de 1960, que, para desplazar la presunción legal que favorece el carácter común de los bienes del matrimonio, se requiere prueba expresa de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges. Por su parte, la S de 28 de noviembre de 1953, recalcó que, en los supuestos de subrogación real (artículo 1396.4.º, antiguo) no se toman en consideración las personas de los cónyuges que realicen la adquisición de los bienes, ni el carácter con que intervenga el marido que administre la sociedad de gananciales, pues en tales eventos rige y gobierna la calificación jurídica de los bienes tan sólo el elemento objetivo o de procedencia de lo utilizado para la sustitución de unas cosas por otras, según se infiere claramente de los artículos 1396 núm. 4.º y 1401 núm. 1.º; terminando la de 14 de noviembre de 1960, que declara inaplicable al caso la analogía, que ésta nunca podría jugar en materia como la presente en que el legislador se pronuncia sin titubeos a favor de la comunidad de gananciales.

C) En definitiva, y respondiendo ya, por último, a los motivos 2.º y 3.º del Recurso, la dificultad de probar (como se dice, sobre todo en aquél), al cabo de los años, por la persona adquirente de los bienes, en la mayor parte de los casos ajena al círculo hereditario del transmitente que actúa en el área de la excepción a la regla de la «ganancialidad», debe ser evitada con la cita en la escritura en la que el marido hace la confesión de «privaticidad», de la procedencia del dinero o de los bienes objeto de la subrogación o sustitución, citando los mismos, por lo que la reseña de la procedencia, sin más, de bienes parafernales, es atribuible a la persona que la hace, de la que el actual adquirente la recibe; por lo que, al tercer adquirente sólo le valdrá el amparo, en su caso, de su carácter de «tercero hipotecario», bajo la protección del Registro de la Propiedad, que aquí no se reclama.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La renuncia que efectuó la viuda a sus derechos en la sociedad de gananciales en una escritura de manifestación y adjudicación de herencia y compraventa de bienes inmuebles sólo puede referirse a dichos inmuebles, pero no al dinero que pudiesen existir en cuentas bancarias.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Carolina interpuso contra doña Eva (esposa de su padre en segundas nupcias) demanda de menor cuantía solicitando que se dictara sentencia por la que se condenase a la demandada «A) A que abone a mi principal la cantidad de 2.450.000 pesetas en concepto de la mitad del depósito

constituido en la cuenta de ahorro a plazo núm. NÚM000, más la mitad de los intereses expresamente convenidos en la misma, hasta el momento de su vencimiento, en la fecha del 17 de abril de 1994. B) Que se indemnice a mi principal en la cantidad de 65.625 pesetas por los daños y perjuicios causados, por la mitad de los intereses que se hubieran devengado de mantenerse la continuidad de la cuenta a plazo, por los beneficios dejados de obtener. C) Que se le satisfagan los intereses legales desde la interposición de la demanda, y D) Que se condene a la demandada al pago de las costas procesales».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos y contestó a la demanda solicitando su desestimación. Además formuló reconvención interesando se procediera a la división y liquidación de la cosa común y en consecuencia se acordase: «1.º) Desestimar la demanda presentada por doña Carolina en todas sus partes. 2.º) Estimar la demanda reconvencional procediendo a la división y liquidación de la cosa común declarando: a) La propiedad y pertenencia a mi mandante de la mitad del principal e intereses devengados en la cuenta que mi representada y doña Carolina tenían en la antigua Caja de Ahorros de Segorbe cuenta núm. ... por cuantía de 4.000.000 de pesetas de principal y 900.000 pesetas de intereses que obran en poder de mi mandante. b) La propiedad y pertenencia a mi mandante de la mitad del saldo que resulte de la cuenta que mi representada y doña Carolina mantienen conjuntamente en el Banco Español de Crédito sucursal de Segorbe cuenta núm. ... c) Que se declare que a cuenta de su haber en la división y liquidación de las cuentas bancarias antes mencionadas doña Carolina ha percibido anticipadamente la cantidad de 951.000 pesetas. d) Que se condene a doña Carolina a firmar cuantos documentos sean necesarios para que el Banco Español de Crédito, sucursal de Segorbe ponga a disposición de mi mandante doña Eva, la mitad del saldo de la cuenta núm. ..., menos la cantidad de 1.499.000 pesetas que mi mandante tiene en su poder correspondientes a la parte que a doña Carolina le corresponde en el depósito o cuenta de la antigua Caja de Ahorros de Segorbe deducidas las 951.000 pesetas cobradas anticipadamente. 3.º) Imponer a la actora doña Carolina las costas de este procedimiento».

⊙ Doña Carolina presentó ante el mismo Juzgado otra demanda contra idéntica demandada solicitando se dictara sentencia por la que se condenase a esta última: «A) A que abone a mi principal la cantidad de 1.273.743 pesetas, en concepto de todo lo que la demandada ha ido obteniendo y adquiriendo para sí de la disuelta sociedad conyugal, tras el fallecimiento de su esposo y padre de mi representada, Felipe. B) Que se indemnice a mi principal en la cantidad que resulte de abonar los intereses sobre la suma objeto de la pretensión que se hubieran devengado desde el 11 de abril de 1991, fijado al interés legal del dinero durante el tiempo transcurrido. C) Que se le satisfagan a mi mandante los intereses legales desde la interposición de la demanda, y D) Que se condene a la demandada al pago de las costas procesales.»

⊙ Fallecida ya la demandada doña Eva el 9 de enero de 1995, la actora doña Carolina presentó ante el mismo Juzgado, una tercera demanda contra los esposos don Jesús Luis y doña Leonor, herederos de la referida demandada, solicitando se dictara sentencia por la que se les condenase: «A) A que abonen a mi principal la cantidad de 2.000.000 de pesetas en concepto de la mitad restante del principal del depósito constituido en cuenta del ahorro a plazo núm. ..., de la entidad bancaria BANCAJA, sucursal de Segorbe. B) A que se le satisfagan a mi principal los intereses legales desde la interposición de la demanda. C) A que se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.»

⊙ Incoados los autos núm. 107/1995 y emplazados estos últimos demandados, ambos comparecieron conjuntamente y contestaron a la demanda proponiendo las excepciones de litispendencia, defecto legal en el modo de proponer la demanda y falta de legitimación activa de la demandante, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando se dictara sentencia que acogiera las referidas excepciones, sin entrar en el fondo, o, de no ser así, que desestimara íntegramente la demanda, en ambos casos con imposición de costas a la demandante.

- Por auto de 14 de diciembre de 1995 se acordó la acumulación de todos los procedimientos pese a la oposición que en su contestación a la demanda habían manifestado los demandados.

- El Juzgado de 1.ª Instancia de Segorbe dictó Sentencia el 14 de mayo de 1996 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: «Se desestiman las excepciones de litispendencia, de defecto formal en el modo de proponer la demanda y de falta de legitimación activa de la actora y estimando parcialmente la demanda y demanda acumulada núm. 107/95, formulada por el Procurador don Vicente Pérez Bonet, en nombre y representación de doña Carolina, debo condenar y condeno a los demandados don Jesús Luís y doña Leonor, herederos de doña Eva, a que abonen a la actora la cantidad de un millón cuarenta y nueve mil pesetas (1.049.000 pesetas) más los intereses legales del artículo 921 de la LEC, sin expresa imposición de costas. Que estimando parcialmente la demanda acumulada núm. 289/94, formulada por el Procurador Sr. Pérez Bonet, en nombre y representación de doña Carolina, debo condenar y condeno a don Jesús Luis y doña Leonor a que abonen a la actora la cantidad de ciento cuarenta y una mil quinientas dieciséis pesetas (141.516 pesetas), más los intereses legales del artículo 921 de la LEC, sin expresa imposición de costas. Que estimando parcialmente la demanda reconvencional formulada por el Procurador Sr. Guázquez Pau, en nombre y representación de doña Eva y tras su fallecimiento por sus herederos don Jesús Luis y doña Leonor, debo condenar y condeno a la demandada doña Carolina a que abone a los actores la cantidad de la mitad de seis millones trescientas setenta y seis mil ciento sesenta y seis pesetas (6.376.166 pesetas) más los intereses legales del artículo 921 de la LEC, así como todos los intereses que la cantidad dicha hayan devengado desde la fecha de 11 de abril de 1997 hasta la fecha de 9 de enero de 1995, e igualmente, todos los intereses que la mitad de referida cantidad devenguen desde la fecha de 9 de enero de 1995 hasta el día que se produzca la cancelación de la cuenta núm. 87.502-273 y que se determinarán en ejecución de sentencia, y también a que firme cuantos documentos sean necesarios para que por parte del Banco Español de Crédito, SA, sucursal de Segorbe se ponga a disposición de los actores de don Jesús Luis y doña Leonor, herederos de doña Eva, las cantidades e intereses antes indicados; sin expresa imposición de costas».

- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Castellón dictó Sentencia el 23 de junio de 1998 con el siguiente fallo: «Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña Carolina, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia de Segorbe, en los autos de juicio de menor cuantía de los que dimana el presente Rollo, la revocamos exclusivamente en cuanto atañe al primer pronunciamiento del fallo que condena a los demandados don Jesús Luis y doña Leonor a abonar a la apelante la suma de un millón cuarenta y nueve mil pesetas, que se eleva hasta un millón cuatrocientas cincuenta y nueve mil pesetas, confirmándola en el resto y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ambas instancias».

- Doña Carolina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los motivos del recurso, desde una u otra perspectiva, vienen a insistir en el planteamiento que la hoy recurrente decidió hacer a partir de su contestación a la reconvención del primero de los procesos acumulados, es decir, que la renuncia de la viuda a su mitad de gananciales tenía que extenderse también al dinero. A tal efecto se citan como infringidos, en el segundo motivo, el párrafo primero del artículo 1232 CC en concordancia con el artículo 580 LEC de 1881 porque, según la confesión judicial de los demandados del tercer proceso, sucesores de la demandada en los otros dos, ésta habría renunciado a su mitad de gananciales siendo cabal conocedora de los saldos de las cuentas de su fallecido esposo y conjuntas con él; en el tercer motivo, el artículo 675 CC por no haberse respetado la voluntad del testador instituyendo heredera única a su hija con usufructo vitalicio de

su viuda, ya que la sentencia impugnada no atribuye a la recurrente la nuda propiedad de todo el principal de las cuentas bancarias sino solamente de la mitad; en el motivo cuarto, el artículo 1218 CC por no haberse contemplado la renuncia de la viuda a su mitad de gananciales, manifestada en escritura pública, como comprensiva también del dinero; en el motivo quinto, el artículo 6.2 CC por ser tal renuncia abdicativa, irrevocable y extensiva a las expectativas de derechos, señalándose también la mala fe de la viuda al no mencionar el dinero con ocasión del otorgamiento de la referida escritura; en el motivo sexto, de la jurisprudencia sobre renuncia a la sociedad de gananciales y, más en general, a la cuota de un comunero en cualquier comunidad, no habiendo nada que inventariar ni liquidar cuando el cónyuge supérstite renuncia a la sociedad de gananciales, integrándose entonces los bienes en la herencia; en el motivo séptimo, el principio general de los actos propios recogido en el artículo 1.1 CC, pues la viuda no podía ir en contra de su propia renuncia, siendo también un acto propio de la viuda la autorización a la hoy recurrente para disponer de una cuenta suya, lo que a su vez se tradujo en un acto de liberalidad a favor de la hoy recurrente; en el motivo octavo, los artículos 1396 y 1404 CC por no haberse contemplado la renuncia de la viuda, determinante a su vez de la inoperancia de un inventario, y en el noveno, en fin, los artículos 33.1 y 39.1 de la Constitución y 657, 658, 659 y 660 CC por no haberse reconocido a la hoy recurrente todos los derechos que le correspondían como nuda propietaria.

La respuesta casacional a los motivos así formulados pasa necesariamente por destacar que fue precisamente la hoy recurrente quien, a partir de su contestación a la reconvención del primero de los procesos acumulados, empezó a ir contra sus propios actos introduciendo en el debate la escritura de manifestación y adjudicación de herencia y compraventa que hasta ese momento había preferido silenciar. Su incoherencia llegó hasta el punto de tener que presentar una tercera demanda que se desdecía de la primera para reclamar entonces no ya la mitad del capital e intereses de la imposición a plazo fijo sino la totalidad del principal, o más bien la mitad del principal no reclamado en su primera demanda, aprovechando también esta tercera demanda para contestar a la contestación de la demandada a la segunda demanda, a modo de insólita réplica en un juicio de menor cuantía, para así explicar su primera demanda, en una práctica no menos insólita, y acabar admitiendo que efectivamente había habido negociaciones con la viuda de su padre y un pacto tácito nunca suficientemente aclarado.

Tan laberíntico proceder se ha prolongado incluso hasta el propio acto de la vista del recurso de casación, en el que el Letrado de la parte recurrente ha manifestado renunciar a una de las cantidades reclamadas en las peticiones del escrito de interposición, probablemente al caer en la cuenta de que no podía seguir pidiendo intereses de una cuenta cuyo usufructo vitalicio correspondía a la viuda, descubriendo así en gran medida la falta de consistencia de los ocho motivos examinados.

El Tribunal Supremo, dados los términos del debate, los pronunciamientos de las sentencias de ambas instancias y la impugnación de la sentencia de apelación por solamente una de las partes, tiene que prescindir de que el punto de partida correcto para ventilar lo que materialmente ha enfrentado a las partes litigantes habría sido el artículo 1079 del Código Civil. Y como la parte recurrente optó, a partir del momento ya señalado, por hacer valer a toda costa la renuncia de la viuda a los derechos que le correspondieran en la disuelta sociedad de gananciales, plasmada en la escritura de manifestación y adjudicación de herencia y compraventa, a tal escritura y a su interpretación por el tribunal de instancia ha de atenerse esta Sala puesto que la recurrente no ha dedicado ni un solo motivo de su recurso a impugnar tal interpretación.

La consecuencia es, por tanto, que los ocho motivos aquí examinados han de ser desestimados por incurrir en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión ya que dan por sentado, sin más, que tal renuncia comprendía también el dinero ganancial porque la viuda, conocedora de las cuentas bancarias de su fallecido esposo, las ocultó intencionadamente, quedando entonces atrapada por su propia ocultación.

Pero que semejante interpretación resulta insostenible es algo patente no sólo porque deba respetarse la del tribunal de apelación al no haber sido impugnada mediante ningún motivo fundado en infracción de las normas interpretativas de los contratos sino también por las propias alegaciones de la hoy recurrente a lo largo del litigio. Si es ella misma la que en su tercera demanda admite que negoció con la viuda de su padre para liquidar las cuentas bancarias y que había entre ambas un «pacto tácito» sobre el dinero, tan insuficientemente explicitado que incluso en el propio acto de la vista del recurso, después de tres demandas, su letrado todavía ofreció explicaciones al respecto, a modo de una cuarta demanda; si la propia recurrente se quejaba de sufrir «presiones sicológicas» ejercidas por la viuda de su padre al haber logrado el reintegro de la imposición a plazo fijo; si en su primera demanda se limitó a pedir la mitad del principal e intereses de tal imposición, reconocimiento

implícito y patente de que no creía tener derecho a la otra mitad del capital y de que tampoco la viuda era mera usufructuaria de la totalidad del capital sino cotitular de la imposición; si la explicación de ese proceder, como inicialmente respetuoso de ese pacto tácito con la viuda, es difícilmente asimilable desde el momento en que tal pacto habría consistido, según aclaraciones en el propio acto de la vista del recurso de casación, en una reproducción de lo acordado en la escritura de manifestación y aceptación de herencia, es decir, capital íntegro para la hija e intereses para la viuda; si la ocultación maliciosa de cuentas por la viuda queda rotundamente desmentida por la apertura de cuentas con dinero procedente de la sociedad de gananciales casi un año después de muerto el causante e incluso de haberse otorgado la referida escritura, y si, en fin, en la misma escritura la viuda llegó a venderle a la hija de su fallecido esposo una finca privativa de la primera por un precio de 120.000 pesetas entonces lo que se patentiza con una claridad cegadora es que ninguna de las dos otorgantes, conocedoras por igual de la existencia de dinero ganancial, quisieron incluirlo en el ámbito de lo acordado ni, por tanto, tampoco en el ámbito de la renuncia.

En suma, la cuestión no es, como se pretende en los motivos, ni probatoria ni relativa a los efectos de la renuncia, sino pura y estrictamente interpretativa de ésta en función de los actos coetáneos y posteriores de las otorgantes de la escritura en que tal renuncia se manifestó, esto es, en función de lo que dispone el artículo 1282 del Código Civil. Y como la parte recurrente ni siquiera ha impugnado la interpretación de dicha escritura por el tribunal sentenciador, la solución no puede ser otra que la desestimación de los ocho motivos examinados.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desestimación de la tercería de dominio interpuesta por la esposa habida cuenta que las fincas que se embargaron por deudas tributarias derivadas del IRPF y del IVA por la actividad desarrollada por el esposo tenían carácter ganancial al tiempo de nacer el crédito a favor de la Administración, no pudiendo perjudicar a tercero las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges liquidando la sociedad de gananciales y fijando el régimen de separación de bienes.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Araceli y don José Pedro otorgan capitulaciones matrimoniales en las que pactan el régimen de separación de bienes, por medio de escritura pública de 10 de julio de 1987 y el 27 del mismo mes y año otorgan escritura de liquidación de aquella comunidad de gananciales y se adjudican a la mencionada esposa dos fincas.

- El 9 y 29 de octubre de 1991 se dictan sendas diligencias de embargo por la Administración tributaria sobre las fincas que se adjudicaron a la esposa.

- Doña Araceli interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía (tercería de dominio) contra don José Pedro y Delegación Provincial de Barcelona, Agencia Estatal de la Administración Tributaria solicitando se dictara sentencia declarando que los bienes objeto de embargo, consistentes en la finca sita en Abrera y finca sita en Hospitalet, pertenecen a la actora y, en consecuencia, se alce el embargo trabado sobre los mismos dejándolos a la libre disposición de la actora, condenando en costas al demandado que impugnare esta demanda, y si lo hicieren ambos imponiéndoles su pago con carácter solidario.

- El Abogado del Estado, en la representación de Agencia Estatal de Administración Tributaria Delegación Provincial de Barcelona, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, desestimando la demanda con imposición de costas a la parte actora.

- No habiendo comparecido en autos el codemandado don José Pedro, se le declaró en rebeldía.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Barcelona dictó Sentencia el 22 de enero de 1997 desestimando la demanda al declarar que los bienes objeto de embargo estaban sujetos al pago de las deudas correspondientes al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los años 1984, 1985 y 1986, y del Impuesto sobre el Valor Añadido del 2.º, 3.º y 4.º trimestre de 1986 y 1.er trimestre de 1987.

- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la Barcelona dictó Sentencia el 3 de noviembre de 1998, desestimando el recurso interpuesto por doña Araceli.

- Doña Araceli interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los dos primeros motivos del recurso de casación tiene la misma argumentación, aunque desde distintos puntos de vista, ambos fundados en el número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1367 del Código Civil.

Ciertamente, tal como establece esta norma, los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro. Pero éste no es el tema que se plantea en el presente caso. Es preciso repasar las fechas: la deuda tributaria se produce en los años 1984 a 1987 por el impuesto sobre la renta de las personas físicas y por el de valor añadido, por don José Pedro, codemandado en rebeldía; éste y su esposa, doña Araceli, demandante tercerista en la instancia y recurrente en casación, casados en régimen económico-matrimonial de comunidad de gananciales otorgan capitulaciones matrimoniales en la que pactan el régimen de separación de bienes, por escritura pública de 10 de julio de 1987; el 27 del mismo mes y año otorgan escritura de liquidación de aquella comunidad de gananciales y se adjudican a la mencionada esposa dos determinadas fincas; en fechas 9 y 29 de octubre de 1991 se dictan sendas diligencias de embargo por la Administración tributaria, de tales fincas y el 19 de mayo de 1993 se practica la tasación que se notifica; en fecha 28 de octubre de 1993 se formula la demanda por la esposa, alegando que los bienes embargados son de su exclusiva propiedad, por habérseles sido adjudicados tras la liquidación de la sociedad de gananciales.

El tema planteado no es, como se ha dicho, de la responsabilidad de los bienes gananciales, sino de la aplicación de los artículos 1317 (la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros) y 1401 (Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial. Si como consecuencia de ello resultare haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro) ambos del Código Civil.

Las fincas embargadas, al tiempo de nacer el crédito a favor de la Administración tributaria, eran fincas gananciales, ya que no se ha probado que fueran privativas a efectos de destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. Los impuestos derivados del trabajo, bienes o industria de los dos o de uno de los cónyuges son a cargo de la comunidad de gananciales; el concepto básico es que son carga de ésta, las obligaciones necesarias para la conservación de los patrimonios ganancial y privativo: así lo disponen los números 2.º y 3.º del artículo 1362 del Código Civil. Así, la deuda tributaria (años 1984 a 1987) es a cargo de la comunidad de gananciales y la modificación del régimen económico-matrimonial de gananciales a separación de bienes (en 1987) no perjudica a tercero, sino que éste conserva sus créditos contra el cónyuge deudor y no deudor, a quien han sido

adjudicados bienes de aquella comunidad y es válido el embargo (de 1991).

En consecuencia, los bienes que eran gananciales y que han sido adjudicados a la esposa, actual tercerista, responden de las deudas tributarias que son a cargo de la comunidad de gananciales, habiendo nacido cuando estaba vigente este régimen. No se ha infringido así el artículo 1367 del Código Civil, se desestiman los motivos primero y segundo, manteniendo el criterio de las sentencias de instancia.

En el motivo tercero del recurso de casación y el cuarto, alega la recurrente la infracción de los artículos 1366, el tercero, y 1440, el cuarto, del Código Civil por entender que no son carga de la comunidad de gananciales y por tanto no cabe embargo sobre las fincas que eran gananciales y que han sido adjudicadas a la esposa, tercerista, en cuanto al componente punitivo de carácter personal, que está formado por la sanción y los intereses de demora por el impago.

Haciendo abstracción de que ambos conceptos forman parte de la deuda tributaria, a cargo de la comunidad de gananciales, los dos motivos deben ser desestimados por tratarse de una cuestión nueva. La demanda no la plantea, en el escrito de resumen de prueba no se menciona, en la apelación no se alega y, por tanto, las sentencias de primera y de segunda instancia no la tratan.

La cuestión nueva no cabe ser planteada en casación porque atenta a la interdicción de indefensión que proclama el artículo 24 de la Constitución Española y quebranta los principios de contradicción y de igualdad que deben presidir el proceso.

Así lo ha mantenido una reiterada jurisprudencia; sentencias de 8 de marzo de 2001, 30 de marzo de 2001, 31 de mayo de 2001 y 21 de abril de 2003. La primera de éstas dice literalmente: «se trata de una cuestión nueva que no es admisible en casación: sentencias de 30 de noviembre de 1998, 1 de junio de 1999, 13 de julio de 1999, 18 de octubre de 1999, 14 de junio del 2000; esta última dice: Todo lo cual configura el vicio casacional de la cuestión nueva, ya que la parte recurrente aporta extemporáneamente preceptos jurídicos ... que en el presente caso alteran la acción o causa de pedir con lo que se cambia el objeto de la controversia, atentando a los principios de preclusión e igualdad de las partes, produciendo indefensión al ente afectado (SA 11 de abril, 4 de junio, 22 de julio y 20 de septiembre de 1944)». Y la última insiste: «Las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia –sentencias por todas, de 5 de junio y 20 de noviembre de 1990, 3 de abril, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1992, 8 de marzo, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 7 de junio de 1996, 1 y 31 de diciembre de 1999, 23 de mayo, 14 de junio, 31 de julio y 4 de diciembre de 2000, 12 de febrero, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001, entre otras muchas».

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La indemnización por despido o pensión de jubilación o concepto análogo relativo a la extinción de una relación laboral, percibida tras la disolución de la comunidad ganancial, no se imputa a ésta, ya inexistente, sino que es un bien adquirido personalmente por la persona que fue miembro de la misma, ya disuelta.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Mercedes interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don David solicitando que se dictara sentencia aprobando el cuaderno particional recogido en el hecho tercero de este escrito, declarando igualmente el derecho de doña Mercedes a percibir como resultado de las operaciones liquidatorias la cantidad de 12.500.000 pesetas, hoy en poder de don David

y la obligación de éste de abonárselas incrementadas con los intereses legales que se devenguen, repartiéndose los bienes en la forma prevista en el cuaderno particional.

⊙ Don David contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que aprobando bien el cuaderno particional en el que se estima que la indemnización por despido tiene carácter privativo, o bien el cuaderno particional en que se establece la cuantía de la indemnización por despido correspondiente al período en que el matrimonio subsistía (período ganancial) declarando en este segundo caso el derecho de doña Mercedes, como resultado de las operaciones liquidatorias, a la cantidad de 2.250.595 pesetas.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de San Sebastián dictó Sentencia el 18 de septiembre de 1996 estimando parcialmente la demanda y acordando los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarando el derecho a la percepción por la parte demandante en concepto de bien ganancial la suma de 7.828.927 pesetas. 2.º Condenando a don David al abono a doña Mercedes de la suma señalada en el epígrafe 1.º precedente. 3.º La cantidad precitada devengará el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta el completo pago de la misma. 4.º No procede efectuar expreso pronunciamiento en materia de costas causadas en la instancia.

⊙ En Grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 9 de septiembre de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don David.

⊙ Don David interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien declaró que la indemnización percibida por el esposo tenía carácter privativo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con relación a la liquidación de la comunidad de gananciales, cuya disolución se ha producido por la separación decretada por sentencia de 31 de diciembre de 1991 y el divorcio, por la de 11 de diciembre de 1992, la cuestión exclusivamente jurídica que se plantea en casación se refiere a la indemnización que don David percibió posteriormente, el 6 de julio de 1995, en cuantía de 24.405.377 pesetas por despido y 594.623 pesetas por salarios de tramitación.

Las sentencias de instancia, del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de San Sebastián de 18 de septiembre de 1996 y de la Audiencia Provincial, Sección 2.ª, de la misma ciudad, de 9 de septiembre de 1998, han entendido que tal indemnización tiene naturaleza ganancial, por considerar que es producto del trabajo desempeñado cuando estaba vigente la comunidad de gananciales y, por ello, debe calcularse sobre la base del período de tiempo existente entre la fecha de inicio de la comunidad (celebración del matrimonio) hasta la de extinción (sentencia de separación). Por lo que dichas sentencias han atribuido a la demandante en la instancia y parte recurrida en casación doña Mercedes la mitad de la cifra que se ha calculado era ganancial según la indicada base del cálculo.

El demandado don David ha interpuesto el presente recurso de casación, en dos motivos al amparo del número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que mantienen idéntica posición: habiéndose percibido la indemnización una vez disuelta la comunidad de gananciales (motivo segundo) aquélla es la reparación del perjuicio causado al trabajador que comprende daños de naturaleza material y de naturaleza inmaterial, por su pérdida del trabajo, que se incardina como un bien adquirido en sustitución de otro privativo, como sería el salario a percibir en el futuro (motivo primero).

Ante una y otra de las posturas contradictorias, procede declarar cuál es la postura de esta Sala, a los efectos de complementar el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código Civil) ya que esta cuestión carece de norma legal que la resuelva (así, sentencias sobre la función de la jurisprudencia, de 19 de abril de 1991, 30 de noviembre de 1992 y 16 de mayo de 2003). Esta

Sala entiende que una vez producida la separación legal, es decir, disuelta la comunidad de gananciales (artículo 1392.3.º del Código Civil), háyase o no practicado la liquidación de la misma que se exige legalmente (artículo 1396), la percepción de una pensión de jubilación o de una indemnización por despido o una cantidad por un concepto análogo, relativo todo a la extinción de una relación laboral, no se conecta con ésta para ser considerada como bien ganancial (artículo 1347.1.º), sino que se estima que es un bien adquirido una vez extinguida la comunidad de gananciales, por lo que no se imputa a ésta, ya inexistente; ni siquiera puede llamarse bien privativo, puesto que la distinción entre ganancial y privativo ya no procede cuando ha dejado de existir aquella comunidad. Es un bien adquirido personalmente por la persona que tiempo atrás fue miembro de una comunidad, ya disuelta; es un bien propio, ajeno a aquélla.

Ésta ha sido la doctrina de esta Sala, con la excepción de una sentencia, la de 25 de marzo de 1988, criterio que no puede tener el concepto de jurisprudencia, por tratarse de una sola sentencia (sentencias de 18 de mayo de 2000, 26 de octubre de 2000, 6 de abril de 2001 y 31 de mayo de 2001: una sola sentencia no crea jurisprudencia).

La sentencia de 22 de diciembre de 1999 rechazó que se tratara de un bien ganancial la indemnización por prejubilación; dice así (fundamento 2.º): «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)».

La de 29 de junio de 2000, con relación a la pensión de jubilación, entiende que tiene el carácter de privada, lo que resume en estos términos: Liquidación de la sociedad de gananciales.- Impugnación del cuaderno particional: La pensión que recibe el demandado de la Seguridad Social por jubilación, tiene un carácter personal, y no puede integrarse en el inventario como un bien ganancial.

Y la de 20 de diciembre de 2004 reitera la doctrina anterior y declara que la pensión de jubilación responde a un derecho personal del trabajador que no se incorpora al activo liquidatorio de la comunidad de gananciales, disuelto el matrimonio. Dice así (fundamento 3.º): «debemos remitirnos al artículo 1362 del Código Civil que establece que serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.º) 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, es decir, vigente el matrimonio el dinero que cobraba el esposo se encontraba sometido a la obligación de soportar el sostenimiento de la familia, pero una vez disuelto no puede entenderse que subsiste dicha obligación sin que por ello, el camino de considerar como ganancial la pensión del marido sea válido ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no es tampoco aplicable el artículo 1358».

Partiendo de la posición de esta Sala, es clara la estimación de los dos motivos del recurso de casación, que ha formulado el demandado en la instancia, el que fue esposo y miembro de la comunidad de gananciales que percibió la indemnización por despido improcedente, años después de haberse disuelto aquella comunidad.

En efecto, las sentencias de instancia infringen los artículos 1392.3.º y 1397.1.º del Código Civil (motivo segundo) por cuanto consideran que una indemnización percibida años después de la disolución de la comunidad se integra en ésta y es un bien ganancial; tal infracción se afirma con fundamento en la doctrina jurisprudencial expuesta, acerca de que la indemnización por despido no es un bien ganancial; en la base de la comunidad de gananciales que es la convivencia conyugal, el *consortium omnes vitae*, y en el error de considerar que se corresponde al trabajo que se realizó vigente la comunidad. No es así, como se ha dicho en el fundamento anterior: la indemnización es un bien adquirido tras la extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a ésta, sino que es un bien propio de la persona que lo adquiere.

En su consideración de bien propio, no tiene sentido, como también se ha apuntado, que se quiera considerar un bien privativo, en contraposición a ganancial, basándose en el núm. 3.º del artículo 1346 del Código Civil (motivo primero). Es bien privativo la indemnización por despido percibida años después de disuelta la comunidad de gananciales, pero como bien propio del que lo adquiere, no como bien privativo en contraposición al ganancial, puesto que no hay tal distinción cuando la comunidad de gananciales ya ha dejado de existir. La indemnización, como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, se satisface por la pérdida del trabajo, no atendiendo al pasado, sino mirando al futuro; se tiene en cuenta que deja de desarrollar su trabajo, derecho reconocido en la Constitución (artículo 35.1) y se le indemniza por ello.

Al estimar ambos motivos, esta Sala asume la instancia y resuelve la cuestión en los términos en que se ha planteado, tal como dispone el artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, como

se desprende de lo expuesto, al considerar no ganancial la indemnización objeto de la demanda, procede desestimar ésta. Y, respecto a las costas, conforme el artículo 1715.2 se deben imponer las de primera instancia a la demandante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 523 de la misma ley que impone el criterio objetivo del vencimiento; no procede condena en las costas causadas en la segunda instancia, ni en las de este recurso en el que cada parte satisfará las suyas.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial de un inmueble adquirido por el esposo en documento privado que se formalizó el día anterior al matrimonio; se aplazó parte del precio, y la escritura pública se otorgó cuatro años después con la atribución de la condición de ganancial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Amparo interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Mauricio solicitando que se dicte sentencia por la que se acuerde liquidar la sociedad de gananciales formada por los litigantes expresados, con la adjudicación de los bienes que la componen, relacionados en el hecho sexto de la presente demanda, procediéndose a su partición en la forma determinada en el hecho séptimo de la misma, y haciéndose expresa condena en costas a la parte demandada por su temeridad y mala fe, que con su actuación ha dado lugar a la presentación de la presente demanda. Que alternativamente, y para el supuesto de que los bienes que esta parte estima como integrantes de la Sociedad Conyugal, no formaran parte de la misma, bien por haber efectuado el demandado actos de disposición o transmisión, o bien por la existencia de otros no conocidos por esta parte, la sentencia que se dicte, dando por liquidada la sociedad conyugal, proceda a la partición de los bienes resultantes, conforme a los que proceda en derecho con el resto de las peticiones contenidas en el suplico.

⊙ Don Mauricio contestó a la demanda formulando reconvención, y alegando hechos y fundamentos de derecho pertinentes, para suplicar al Juzgado dictase en su día Sentencia «desestimando por completo la demanda y absolviendo libremente de la misma a mi representado, con imposición a la demandante de todas las costas causadas. Y declarándose que únicamente forman parte del activo de la sociedad legal de gananciales, a efectos de liquidación, las rentas o intereses del capital privativo de mi representado don Mauricio, por ser los restantes bienes privativos».

⊙ Doña Amparo, contestó a la demanda reconvencional planteada, y suplicó al Juzgado dictase en su día sentencia estimando la demanda planteada y desestimando la demanda reconvencional, con imposición de costas a la parte contraria.

⊙ Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Torrejón de Ardoz dictó Sentencia el 17 de abril de 1996 estimando parcialmente tanto la demanda como la reconvención y acordando la liquidación de la sociedad de gananciales que constituyeron los litigantes, la cual podrá llevarse a cabo según lo precisado en el Fundamento Jurídico Quinto de esta resolución, teniendo en cuenta las siguientes bases en cuanto a los bienes que constituyen el activo ganancial: «1.º Forman parte del activo ganancial el piso ..., así como el vehículo Opel Omega matrícula ... y la suma de 4.703.886 pesetas existente el

día 5 de marzo de 1993 en la cuenta núm. ... de la entidad "Banco Central Hispanoamericano, S.A.". 2.º No forma parte del activo ganancial el capital existente, en la fecha de disolución de la sociedad de gananciales (5 de marzo de 1993), en la cuenta núm. ... que don Mauricio tenía abierta en dicha fecha en la entidad "Bankinter"; aunque sí formarán parte de dicho activo los intereses generados por dicho capital hasta la fecha referida. 3.º No formaban parte del activo ganancial en la fecha de disolución del régimen económico del matrimonio los restantes bienes alegados por la parte actora originaria en el hecho sexto del escrito de demanda. No procede efectuar pronunciamiento declarativo expreso alguno sobre costas procesales».

- En grado de apelación, la Sec. 12.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 1 de diciembre de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Mauricio.

- Don Mauricio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El proceso en el que se plantea el recurso de casación objeto de enjuiciamiento versa sobre una liquidación de sociedad de gananciales centrándose la controversia en la determinación del activo ganancial partible.

En el motivo primero del recurso se alega que el fallo infringe por indebida aplicación lo dispuesto en el artículo 1355 del Código Civil en relación con los artículos 1323 y 1361 del mismo Texto Legal. El motivo se desestima porque, con independencia de que se efectúa una transcripción incompleta del artículo 1355 CC –se omite la expresión «durante el matrimonio»–, la Sentencia recurrida no menciona dicho precepto, ni consta que lo aplique, por lo que no puede haber «indebida aplicación». Por otra parte, aunque el fundamento cuarto de la resolución recurrida, en el que se razona sobre la atribución de la cualidad de ganancial al piso destinado a vivienda, adolece de ambigüedad e imprecisión (y lo mismo ocurre con la resolución del Juzgado) en cuanto acumula argumentos que responden a perspectivas distintas, tanto desde el punto de vista fáctico, como jurídico, sucede sin embargo: a) que no cabe hacer apreciaciones probatorias diferentes de la instancia, incurriendo la pretensión del motivo en tal sentido en el defecto casacional de hacer supuesto de la cuestión, y b) que la solución judicial adoptada responde fundamentalmente a la idea de que la compra de la vivienda fue para la comunidad, como lo revelan una serie de datos relevantes, –el documento privado de compra por el Sr. Mauricio se formalizó el día anterior al matrimonio; se aplazó parte del precio, y la escritura pública se otorgó cuatro años después (7 de noviembre de 1985) con la atribución de la condición de ganancial–, que, apreciados en su conjunto, tienen una especial significación para fundamentar dicha conclusión judicial.

En el motivo segundo se alega inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1.346 del Código Civil, y concretamente de sus números 1.º y 3.º que se refieren al carácter privativo de los bienes y derechos que pertenecieren a cada cónyuge al comenzar la sociedad y los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.

En el cuerpo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida no tiene en cuenta lo probado respecto de la existencia de bienes privativos de don Mauricio que son vendidos y con su producto adquiridos otros que deben tener igual carácter. Los bienes cuya naturaleza se discute –vehículo turismo y el capital mobiliario, dinero en metálico existente en la cuenta de la entidad Banco Central Hispano SA– los adquirió el Sr. Mauricio con el producto de las ventas de los bienes heredados que se expresan, o proceden de dichas ventas. Por ello tienen la condición de privativos de conformidad con el núm. 3.º del artículo 1346 CC. Y por lo que respecta al piso-vivienda fue comprado por el Sr. Mauricio antes de contraer matrimonio, de ahí su cualidad de privativo, con arreglo al núm. 1.º del mismo artículo.

El motivo se desestima en cuanto al piso vivienda por lo razonado en el motivo anterior, que hace estéril la invocación del artículo 1346.1.º CC, y en cuanto a los restantes bienes, porque no se ha destruido la presunción de ganancialidad y se incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, lo que está vedado en este recurso extraordinario, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS, entre las más recientes, de 10 y 22 de febrero, 16 de marzo, 8 y 21 de abril, y 9, 12 y 18 de mayo de 2005).

El defecto expresado tiene lugar cuando se contradicen las premisas fácticas de la resolución recurrida, o se pretenden unas nuevas conclusiones probatorias, para de tal modo crear un supuesto de hecho que, por su conformidad con el normativo del precepto cuya infracción por inaplicación se denuncia, permita obtener el efecto jurídico previsto en la norma que se afirma conculcada.

La pretensión de obtener el efecto procesal expresado, esto es, la configuración de un supuesto de hecho histórico diferente del que toma en cuenta la resolución impugnada, constituye una *quaestio facti* que sólo es posible examinar en casación mediante la denuncia, –aparte de arbitrariedad por ausencia de prueba o la infracción de las normas relativas al *onus probandi* por desplazamiento indebido de las consecuencias de aquélla–, de error en la valoración de la prueba con indicación del precepto legal probatorio que se estima infringido (SS, entre otras, 3 de junio, 29 de octubre, 30 de noviembre y 16 de diciembre de 2004, y 21 de enero y 10 de febrero de 2005).

Un planteamiento como el del recurso, que, en su aspiración de que se atribuya carácter privativo a determinados bienes por haber sido adquiridos con el producto de la venta de otros de la misma naturaleza (principio de la subrogación real), o por corresponder los saldos de las cuentas bancarias a la contraprestación de ventas de bienes privativos, sienta conclusiones probatorias distintas de las de la resolución recurrida, es factible en apelación, pero no en casación, la cual no constituye una tercera instancia, y limita su función a revisar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, esto es, a controlar, si dados unos determinados hechos que han quedado incólumes por no haber sido desvirtuados eficientemente [lo que sólo es posible por las vías antes expuestas], es o no jurídicamente adecuada la resolución impugnada (SS, entre otras, 21 de julio y 18 de octubre de 2004, y 3 de febrero, 20 de abril y 19 de mayo de 2005).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se deniega la solicitud de autorización de venta de un bien de carácter ganancial habida cuenta que esa autorización judicial sólo la prevé el Código Civil para una sociedad de gananciales vigente y no cuando la misma ya está disuelta.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Sofía interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Raúl solicitando que se dictase sentencia y se autorizase a la actora a vender el inmueble propiedad de la sociedad de gananciales compuesta por los litigantes, sito en Pozuelo (Madrid), en la suma de 42.000.000 de pesetas pactando que los gastos inherentes a la misma serán satisfechos con arreglo a Ley entre la parte vendedora y la compradora, autorizándole expresamente a otorgar escritura pública a favor del comprador, una vez satisfaga ése íntegramente el precio, y de cuyo importe habrá de abonarse las deudas recogidas en la presente demanda, y las que se puedan devengar hasta la fecha en que se dicte sentencia firme, que habrá de fijarse en ejecución de la misma, referentes a la propia vivienda, y la Colegio internacional Sek-El Castillo, repartiéndose la cantidad restante al 50% entre ambos litigantes, todo ello con expresa condena en costas al demandado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⊙ Don Raúl, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se estime la

excepción dilatoria propuesta y, en el improbable supuesto de que se entre a conocer del fondo del asunto en cuestión, se desestime en su totalidad la demanda, imponiendo a la parte actora el pago de las costas causadas, en méritos a su temeridad.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Majadahonda dictó Sentencia el 2 de septiembre de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: Fallo: Que estimando como estimo la excepción de Inadecuación de procedimiento propuesta por la parte demandada y sin entrar en el fondo del asunto, dejando imprejuzgada la acción ejercitada, debo absolver y absuelvo al demandado don Raúl, en la instancia, y todo ello sin hacer expresa declaración sobre las costas procesales causadas en esta instancia a la parte actora, y sin especial imposición de las costas en este recurso a ninguna de las partes.

- En grado de apelación, la Sec. 21 de la AP de Madrid dictó Sentencia el 31 de enero de 2000 estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por doña Sofía y revocando la citada resolución, desestima la demanda interpuesta con imposición de las cosas de la 1.ª Instancia a la parte actora, y sin especial imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes.

- Doña Sofía interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La pretensión de la actora que estuvo amparada en los artículos 1375 y 1377, ambos del Código Civil, fue desestimada en ambas instancias. En la primera por inadecuación del procedimiento al ser el procedimiento a seguir para esta suerte de autorizaciones judiciales el de la Jurisdicción voluntaria, según la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981. En la segunda, porque si bien declaró adecuado el procedimiento entendió en cuanto al fondo de la controversia que la pretensión era improsperable, «pues se quiere aplicar a una sociedad postmatrimonial reglas de la sociedad de gananciales, lo que no es factible» señalando que «esa autorización sólo la prevé el Código para una sociedad de gananciales vigente, y no para una disuelta, en la que lo procedente es su liquidación», como la que está vigente entre los litigantes disuelta por divorcio (artículo 1392.1.º CC, en relación con el 95 del mismo Texto), citando en apoyo de tal argumentación las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998, 23 de diciembre de 1993 y 7 de noviembre de 1997, sobre la existencia de una comunidad postmatrimonial en el período intermedio entre la disolución y liquidación, que deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales, para constituir referida comunidad cuyo régimen es el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta para cada uno de los comuneros.

El primer motivo se formula al amparo del artículo 1692.4 de la LEC por infracción de ley y doctrina legal, y se concreta en la inaplicación de los artículos 1375 y 1377, ambos del CC, y en la infracción de la doctrina dimanante de la STS de 31 de diciembre de 1998. Para la recurrente en casación la sentencia de la Audiencia no sólo no guarda relación alguna con lo que aquí se discute sino que en modo alguno puede extraerse de su contenido la inaplicación de la Sección 4.ª del Capítulo IV del CC, en la que se regula la administración de la sociedad de gananciales, pues si expresamente proscribe la disposición de bienes concretos por cada uno de los cónyuges, es evidente que la que se realiza de forma conjunta resulta perfectamente válida y legítima, de lo que infiere que aquélla habrá de realizarse conjuntamente por ambos, en la forma prevista para esta suerte de bienes, sin necesidad de liquidación previa, incluso después de disuelta la sociedad, lo que hace de correcta aplicación los artículos que dice infringidos en la Sentencia de la Audiencia Provincial, puesto que no existiendo prohibición sobre la libre disposición de los fines de la misma es completamente legítima y si ambos cónyuges no se ponen de acuerdo sobre la transmisión cualquiera de ellos podría intentar el auxilio de los Tribunales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1377, párrafo 2 del Código Civil.

El motivo se desestima. El interés del legislador en proteger la situación posesoria de la vivienda

familiar en los supuestos de disposición tanto si es propia de quien la enajena como si es ganancial, ha llevado a regular un régimen disperso y supletorio de autorizaciones judiciales que tiene su reflejo en los artículos 1320 y 96.4 del Código Civil. El primero referido a la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual durante el matrimonio, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, y el segundo, tras la ruptura matrimonial, siendo el piso propiedad del cónyuge a quien no le fue atribuido el uso. Dentro las normas de la Sección 4.ª del Capítulo IV, sobre administración de la sociedad de gananciales, el artículo 1375 establece un principio de cogestión y codisposición de bienes gananciales (STS de 14 de noviembre de 2000), completado en el artículo 1384 para corregir las perniciosas consecuencias que pudieran derivarse del mismo (STS de 14 de febrero de 2005), al señalar que en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales, se atribuye conjuntamente a los cónyuges, distinguiéndose a estos efectos entre actos de administración (artículo 1376) y actos de disposición a título oneroso de cualquier bien de carácter ganancial (artículo 1377), para los que se establecen determinadas cautelas y autorizaciones asimismo supletorias en defecto de consentimiento siempre que estime fundada la petición o le lleven a la convicción de que estos actos sirven para mejorar y conservar de una manera más eficaz el patrimonio familiar. Presupuesto, por tanto, para interesar esta autorización judicial es que la vivienda sea de titularidad conjunta de ambos esposos y que se encuentre vigente el régimen económico de sociedad de gananciales, lo que no es el caso, puesto que el piso a que se refiere la demanda pertenece en copropiedad a ambos cónyuges y su uso fue atribuido a la actora en una sentencia previa de divorcio que también produjo la disolución del régimen económico matrimonial vigente hasta dicho momento (artículos 95 y 1392 CC). Se trata, por tanto, de una sociedad de gananciales disuelta y no liquidada y, en concreto, de un bien que dejó de integrar dicha sociedad para formar parte de lo que se conoce como comunidad postganancial, formada por la recurrente y don Raúl, que dejó de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes, por las normas propias de esta sociedad para hacerlo por las de la comunidad de bienes; razones todas ellas que impiden entender infringidos los artículos 1375 y 1377 del Código Civil, ni ninguna de las normas de la Sección que los contiene, puesto que, como es obvio, no resultan de aplicación a una sociedad de gananciales que ha dejado de existir de pleno derecho a partir del divorcio.

La Sentencia de este Tribunal Supremo que se dice infringida, de fecha 31 diciembre de 1998, no hace sino confirmar lo expuesto al establecer de forma clara las consecuencias derivadas del tránsito de un régimen jurídico a otro como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, al declarar que «los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado». Y es que una cosa es que se diga en ella que ninguno de los titulares puede disponer por sí solo de los bienes que fueron gananciales y otra distinta que de tal afirmación se obtenga la conclusión que pretende la recurrente en el sentido de que queriendo hacerlo uno de ellos lo haga utilizando la cobertura de unas normas expresamente previstas para la disposición de bienes consorciales que de ninguna forma tienen encaje en los artículos que se dicen infringidos.

Tampoco la sentencia de la Audiencia inaplica el artículo 1410, en relación con los artículos 1062, y 404, todos ellos del CC, y la Sentencia de 7 de noviembre de 1977, como se expresa en el segundo motivo. La contienda no surge en las operaciones liquidatorias de la sociedad ni como consecuencia del ejercicio de la acción de división de la comunidad resultante de la disolución, puesto que no ha sido ejercitada. Por consiguiente, y aun admitiendo que la disolución acordada no es nula por no ir seguida de la liquidación (inventario, avalúo, abono de deudas, adjudicación...), como declaran las Sentencias de ese Tribunal 3 de junio de 2004 y 7 de noviembre de 1997, lo que no es posible es denunciar la inaplicación de unas normas que no fueron invocadas en la demanda como fundamento de la acción y que tampoco tienen incidencia directa en la cuestión litigiosa, por lo que el hecho de que la recurrente haga referencia a preceptos relativos a la división de una cosa poseída en común e indivisible (artículos 1062 y 404 CC), resulta intranscendente; pero es que, además, el artículo 1410 del Código Civil establece unas reglas de aplicación no sólo al patrimonio hereditario, sino a la liquidación de la sociedad de gananciales, pero en ningún caso esta remisión permite mantener que durante este período transitorio, al que también se refiere la Sentencia de 7 de noviembre de 1977, la tutela judicial subsidiaria extiende su protección a intereses distintos de los que justifican su regulación en sede de sociedad de ganan-

ciales dado que no estamos ante esta sociedad sino ante una comunidad distinta integrada por una serie de bienes de la que son titulares ambos cónyuges, para la que no se contempla ninguna suerte de autorización supletoria, puesto que una cosa es que se puedan transmitir determinados bienes en la fase de liquidación y otra distinta que cuando así se haga se siga el curso que nuestro derecho previene para estos casos, con adopción en cualquier caso de las cautelas necesarias si uno de estos bienes lo constituye la vivienda conyugal con medida de uso atribuida judicialmente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial de la deuda tributaria generada por el impago del IVA mientras estaba vigente la sociedad de gananciales, si bien se excluye el importe de la multa al ser imputable exclusivamente al esposo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Con fecha 11 de enero de 1991, los cónyuges don Jesús y doña Estela, cuyo régimen económico-matrimonial era el de sociedad de gananciales, otorgan escritura pública de capitulaciones matrimoniales, estableciendo, a partir de dicha fecha, el régimen de absoluta separación de bienes. En dicha escritura se inventarían los bienes que integraban la sociedad de gananciales, y sin alusión alguna a las deudas que tal sociedad pudiera tener, se procede a la adjudicación de los bienes, quedando la Sra. Estela con la propiedad de la finca con vivienda familiar (finca registral núm. ... de Chiva) con valoración de 2.700.000 pesetas, y el esposo, Sr. Jesús, con un vehículo «Renault-4», que se valora en 1.600.000 pesetas y 1.100.000 pesetas en metálico.

⊙ Como consecuencia del Acta de Inspección de la Agencia Estatal Tributaria de Valencia de 11 de marzo de 1992, por el concepto tributario de IVA, correspondiente a los ejercicios fiscales de 1987 a 1991, se siguió procedimiento de apremio contra el sujeto pasivo de tal impuesto, don Jesús, procediéndose al embargo por diligencia de 8 de marzo de 1993, de la finca registral núm. ... de Chiva.

⊙ Doña Estela promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la Agencia Estatal Tributaria, Delegación de Valencia, Dependencia de Recaudación y contra don Jesús, sobre Tercería de Dominio en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Se declare que el inmueble embargado objeto de esta tercería es propiedad exclusiva de mi representada, ordenando el levantamiento del embargo practicado, y la cancelación de las anotaciones preventivas, y declarando la existencia de dolo o culpa grave del artículo 1366 *in fine* del CC en la actuación del demandado don Jesús en el origen de los débitos fiscales por IVA de los ejercicios 1987 al 1991, por lo que no es de la responsabilidad ni a cargo de la Sociedad de Gananciales, que en su día formaron la demandante, doña Estela y el demandado, don Jesús, por lo que no es ahora deudora la demandante con sus bienes procedentes de la Liquidación de la Sociedad de Gananciales, ni de la cuota tributaria, ni de los intereses moratorios, ni de la sanción, imponiendo las costas de este juicio a los demandados».

⊙ Admitida a trámite la demanda y comparecido el demandado, don Jesús, se allanó a la demanda de Tercería de Dominio interpuesta por la demandante, doña Estela.

⊙ Comparecido el Abogado del Estado 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 «declare el defecto legal en el modo de proponer la demanda y, subsidiariamente, en el caso de no estimar la excepción anterior, dicte sentencia por la que se desestime la pretensión formulada en virtud de las razones invocadas en el cuerpo del escrito».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 20 de Valencia dictó Sentencia el 16 de febrero de 1998 estimando parcialmente la demanda y declarando que la finca núm. ... del Registro de la Propiedad de Chiva, embargada en el procedimiento de apremio 23/95 tramitado contra don Jesús por la Unidad de Recaudación del Ente Público demandado, es a partir de 11 de enero de 1991 de la exclusiva propiedad de la actora, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, y a la Agencia Estatal a que alce la traba que sobre dicha finca recae en lo que a la deuda tributaria contraída por el demandado don Jesús a partir del 11 de enero de 1991 se refiere.

⊙ En Grado de apelación la Sec. 9.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 10 de febrero de 1999, estimando en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Estela y desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, revocando parcialmente dicha resolución, y en su lugar, declaró que la finca no ha de responder del importe de la sanción (multa) impuesta al Sr. Jesús, debiendo en consecuencia alzarse la traba que por la cantidad correspondiente a tal concepto recae sobre la mencionada finca, manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia impugnada. No se hizo pronunciamiento de condena en costas.

⊙ Doña Estela interpuso recurso de casación que fue estimado en el particular de condena en costas a la Agencia Estatal del recurso de apelación interpuesto en su día.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del recurso se centra en la no imposición de las costas a la Agencia Tributaria por parte de la Audiencia Provincial a pesar de que se desestimó íntegramente el recurso interpuesto por la misma.

En el recurso de la Agencia Tributaria Estatal, para ante la Sala del Tribunal *a quo*, frente a lo que le resultó perjudicial de la Sentencia de primer grado dictada por el Juzgado, los dos puntos objeto del mismo fueron los siguientes: a) que por el Órgano judicial de primera instancia, si bien el mismo encuentra justificado el embargo del bien inmueble ganancial por la deuda tributaria de 1987 a 1990, no se estima aquél con respecto al año fiscal 1991, pues entonces tal bien, al liquidarse la sociedad económico-matrimonial de los cónyuges, salió de ella, pasando a pertenecer en exclusiva a la esposa, por lo que el mismo es liberado en parte de la carga que sobre él pesaba en el expediente de reclamación económico-administrativa por deuda fiscal, y ello precisamente en lo que afecta a esa última anualidad, dentro del conjunto de las reclamadas; y b) que el recurso de la parte contraria (del cónyuge del deudor), dirigido a eliminar tal deuda fiscal, en lo que afecta al mismo bien, en el período 1987-1990 ganancial, y en el de la anualidad de 1991 privativo de la esposa, y también, en todo ese período, en relación ya sólo a la sanción impuesta, es aceptado, en este último punto, liberando, pues, al bien de toda afectación a dicha carga, denegándose, por lo tanto, la oposición a su desafectación, hecha por la Agencia Tributaria. Es decir, toda la reclamación propia y la oposición activa que la misma hace al tema más importante del Recurso contrario, es denegada por la Audiencia en su Sentencia, por lo que en la correspondencia que tal denegación lleva aparejada con la condena en las Costas procesales de la segunda instancia (artículo 710.2 LEC), procedería la imposición de las mismas al apelante y oponente de tales aspectos, en su prisma objetivo, porque el Recurso es desestimado, y, ya, además, en

lo que afecta al contrario, la nueva Sentencia agrava su situación con respecto a la de primera instancia; y, por otro lado, en el aspecto formal, se produce la situación de ser la Sentencia incorrecta, conforme al artículo 359 LEC puesto que aquel precepto establece, frente a la regla general de la imputación objetiva de las Costas al perdedor, que el no cumplimiento de la misma, deberá razonarse, y fundarse en la concurrencia, en el caso, «de circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento», circunstancias que en el supuesto estudiado no se dan, ni el Tribunal *a quo* las cita o considera en lo más mínimo, por lo que el Recurso debe estimarse y efectuarse la imposición que se pide.

La parte recurrida, la Agencia Tributaria, no sólo impugna el Recurso de que aquí se trata, oponiéndose a él, sin alegar al efecto nada que obstaculice el pronunciamiento que acaba de hacerse, sino que también, aprovecha la tal impugnación (el Recurso ya fue admitido por la Sala, pero ése es el único momento procesal en que la parte oponente puede hacerlo) para alegar que el Recurso es inadmisible, *ex* artículo 1687.1.ºc) LEC, al entender que la cuantía del mismo, reducida en orden a la reclamación a que el mismo se sustrae, no alcanza los 6.000.000 de pesetas, alegando que las Costas no sobrepasarían los 3 millones. Tal planteamiento, que debía ser, en principio, previo al del examen del motivo (si bien se examina luego, por su clara improcedencia, y al hacerse esta alegación en la impugnación), quiebra, por cuanto, si nos atenemos a la cuantía del Recurso de Apelación (respecto al que se produce el de la actual Casación), de la que es tributaria o subordinada la imposición de Costas, es de 6.789.640 pesetas (importe de la sanción, que la Audiencia exime de la responsabilidad de los bienes gananciales y del adjudicado a la esposa), más la parte correspondiente a 1991 de la deuda fiscal reclamada, de más de 3.000.000 de pesetas por lo que, no realizada, ni liquidada, su Tasación, hay que comprender el tema planteado dentro de esa cuantía, a los efectos de ser admisible el trámite del actual Recurso.

INCAPACIDAD

Imposibilidad de constituirse una relación procesal correcta, cuando la demandada carece de la capacidad psíquica suficiente, aunque la misma no haya sido declarada judicialmente, siendo indiferente que se le haya designado un procurador y un letrado del turno de oficio. Voto particular.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Lucio, doña Ana, don Juan Miguel, don José Francisco, don Emilio, don David, don Pedro Francisco, don Lorenzo y don José Augusto, contra doña Francisca, sobre nulidad de inscripción registral, solicitando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la inscripción de la escritura de obligaciones hipotecarias de 5 de marzo de 1985 otorgada por doña Francisca a que se hace referencia en la demanda, que consta inscrita en el Registro de la Propiedad Número Uno de Talavera de la Reina y se cancele dicha inscripción, con todos los demás pronunciamientos legales inherentes a tal declaración y condenando en costas a los que se opongan a la presente demanda.

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada doña Francisca, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte en su día sentencia por la que, estimando las excepciones planteadas, se absuelva en la instancia a mi representada con expresa imposición de costas a la actora, o bien y para el caso de que las excepciones articuladas fueran desestimadas, se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar a la Demanda deducida frente a mi representada y se absuelva a la misma de los pedimentos de la parte actora, con expresa imposición a la misma de las costas causadas en este procedimiento».

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de los de Talavera de la Reina dictó Sentencia el 1 de octubre de 1997, desestimando las excepciones procesales y estimando íntegramente la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Toledo dictó Sentencia el 16 de septiembre de 1998, desestimando el recurso interpuesto por la demandada.

- Doña Francisca interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien declaró la nulidad de lo actuado a partir de la presentación de la demanda originaria del actual proceso con remisión del testimonio de la causa a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Toledo, a fin de que se inste el proceso de incapacidad correspondiente y se promueva la constitución del órgano tutelar.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del actual recurso de casación lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, se han infringido por no aplicación el artículo 299 bis del Código Civil, en relación a los artículos 203 y 200 de dicho Cuerpo legal, así como también el artículo 24.1 de la Constitución Española. Este motivo debe ser estimado.

En efecto, la antes demandada, apelante y ahora recurrente en casación, Francisca, según datos incuestionables y que obran en el *factum* de la sentencia recurrida, está dentro de los parámetros determinantes de una incapacidad síquica que la impiden gobernarse por sí misma. Estos datos son los siguientes:

a) Francisca, quien tiene sus facultades mentales disminuidas por padecer oligofrenia de segundo grado, no tiene capacidad para comprender y realizar actividades económicas, según los informes periciales obrantes en la causa.

b) Y en ella concurre la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal de enajenación mental del artículo 8.1 del Código Penal Texto Refundido de 1973.

c) Del propio informe forense obrante en los folios 122 y 452 de los testimoniados del procedimiento del Juzgado de lo Penal, que textualmente dice: «Que ha reconocido a Francisca, que padece una oligofrenia de segundo grado, esta enfermedad congénita o precozmente adquirida afecta fundamentalmente a la inteligencia (capacidad de juicio, pensamiento lógico y capacidad de abstracción) que no se desarrolla adecuadamente, sin que quede indemne la personalidad, por lo que estos pacientes tienen un porte especial, que hace que sean fácilmente reconocidos como subnormales, por cualquier adulto normal aún en ausencia de conocimientos médicos. Por su disminución de la capacidad de juicio y de abstracción no comprenden globalmente las situaciones, adhiriéndose a lo secundario y a aquello que puede proporcionarles una ganancia inmediata, sin parar en la consecuencia de los actos que realiza, estando su capacidad y anticipación a los acontecimientos de futuro muy afectada. Estos pacientes están necesitados de protección y ayuda para el gobierno de sus personas y bienes y ello de un modo permanente por ser su afección incurable».

Por ello se puede afirmar paladinamente que la referida Francisca, *per se* no tenía capacidad procesal suficiente para comparecer en juicio, y en concreto en el actual proceso, por mucho que se dicha que ha «otorgado» poder a procuradores y haya «designado» abogado, aunque todo ello tenga como base un nombramiento de oficio.

Tampoco puede salvar el óbice procesal antedicho, el hecho de que no se haya planteado la presente cuestión en las primera y segunda instancias; pues aquí no se puede hablar de vicio casacional de «la cuestión nueva», sino que nos encontramos ante una cuestión de orden público que no se puede soslayar. Y en el mismo sentido se puede hablar del requisito de la necesidad de haber producido indefensión.

Se dice lo anterior porque la actuación procesal de la referida Francisca, exigía previamente una declaración judicial de incapacidad, la actuación de un tutor, y, para el caso de una confrontación de intereses, la de un defensor judicial, y siempre bajo la supervisión del Ministerio Fiscal.

Y sorprende la actuación de las instancias que de oficio podrían haber subsanado el grave defecto procesal, que ahora en casación no se puede soslayar.

La consecuencia de todo lo anterior es la estimación –como ya se ha dicho– del recurso y con las consecuencias de ordenar la reposición de lo actuado desde el momento mismo de la presentación de la demanda que establece el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que con arreglo al dictamen solicitado al Ministerio Fiscal, se inste el proceso de incapacidad correspondiente y se promueva la constitución del órgano tutelar.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO don FRANCISCO MARÍN CASTÁN A LA SENTENCIA RESOLUTORIA DEL RECURSO DE CASACIÓN núm. 3893/1998.

Se comparten los antecedentes de hecho de la sentencia pero no sus fundamentos de derecho ni su fallo, que deberían ser los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.– En la demanda, instada por nueve antiguos empleados del negocio de venta de materiales de construcción regentado por la demandada y sus hermanos, se pedía la nulidad de una escritura pública de emisión de cédulas hipotecarias y constitución de hipoteca otorgada por la demandada el 5 de marzo de 1985 ante notario que consideró a la otorgante con capacidad legal bastante.

El fundamento de la pretensión era la inexistencia real de dicho negocio jurídico, puramente aparente e instrumentado por los hermanos de la demandada, aprovechándose de la oligofrenia de ésta, para escamotear los bienes hipotecados a la ejecución emprendida por los trabajadores de la empresa familiar tras haber ganado éstos sentencia favorable ante el orden jurisdiccional social en ese mismo año 1985, según se declaró por sentencia penal firme de 14 de abril de 1994 que condenó a los hermanos de la demandada como autores criminalmente responsables de un delito de alzamiento de bienes, eximió de responsabilidad penal a la ahora demandada con base en el artículo 8.1 del Código Penal de 1973, por padecer oligofrenia congénita de segundo grado, y no acordó la nulidad de la referida escritura, pese a considerar «razonable» en principio tal nulidad, porque comportaría también la nulidad del auto de adjudicación de los bienes hipotecados a los trabajadores, dictado por otro orden jurisdiccional.

Al personarse la demandada mediante escrito firmado por abogado y por Procurador, que se decía de oficio según documento adjunto pero que en realidad no se acompañaba, promovió cuestión de competencia territorial por declinatoria, y sustanciado el incidente se dictó sentencia desestimatoria contra la cual interpuso la demandada recurso de apelación en ambos efectos, posteriormente reducido a un solo efecto en virtud de requerimiento de subsanación del Juzgado. En la contestación a la demanda, tras proponerse las excepciones de falta de legitimación *ad causam* de los demandantes y falta de litisconsorcio pasivo necesario, se formuló oposición en el fondo muy especialmente centrada en el egoísta comportamiento de los demandantes para con los hermanos de la demandada, alegándose también que ésta era capaz al momento de otorgar la escritura litigiosa, pues de otra forma el notario no la habría considerado capaz, y aduciéndose también que si en aquel mismo momento del otorgamiento de escritura la demandada fuera incapaz, la apreciación de tal incapacidad «debería afectar de nulidad a todas y cada una de las actuaciones judiciales seguidas contra la misma y donde no haya estado asistida por un Tutor, Curador o Defensor Judicial y se hayan lesionado sus intereses, es decir, todos los procedimientos seguidos ante los Juzgados de lo Social, ante el Juzgado de lo Penal y las ejecuciones donde se han subastado bienes y derechos de mi representada».

Segundo.– El antedicho pasaje de la contestación a la demanda, unido a las circunstancias que precedieron al litigio causante de este recurso de casación, es prácticamente determinante por sí solo de que su único motivo, fundado en infracción del artículo 299 bis en relación con los artículos 203 y 200, todos del Código Civil antes de la derogación del 203 por la LEC de 2000, y en relación también con el artículo 24.1 de la Constitución, deba ser desestimado. Si toda persona se presume capaz mientras su incapacidad no sea declarada por sentencia judicial (artículo 199 CC y SSTS de 1 de junio de 2001, 27 de enero de 1998, 30 de enero de 1995 y 6 de julio de 1987), la cual tiene carácter constitutivo y además debe determinar la extensión y límites de la incapacidad así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (artículo 210 CC, hoy derogado pero aplicable al caso y con cuyo contenido coincide además el artículo 760.1 LEC de 2000), y si el artículo 7.1 LEC de 2000, no aplicable ciertamente al caso pero tampoco innovador a este respecto, reconoce capacidad para comparecer en juicio a los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no cabe duda de que el acogimiento de este motivo, que plantea una cuestión absolutamente nueva pero en relación con la cual debe recordarse el pasaje ya transcrito de la contestación a la demanda, acabaría legitimando un manifiesto abuso de derecho que, lejos de redundar en beneficio de la tutela judicial de la demandada-recurrente, perjudicaría muy gravemente el correlativo derecho de los demandantes a obtener la satisfacción de unos derechos que les vienen siendo reconocidos por los tribunales desde el año 1985 y que se vieron gravemente perjudicados por unos hechos penalmente tipificados y como tales sancionados por sentencia

penal firme que absolvió a la luego demandada no por falta de participación sino por la causa de exención 1.ª del artículo 8 del Código Penal de 1973.

En suma, podrá tal vez discutirse si la demandada habría estado mejor defendida por el Ministerio Fiscal, en virtud de la aplicación del artículo 299 bis CC, que por su abogado; pero de lo que no cabe duda es de que estuvo debidamente defendida, y no precisamente de forma descuidada ni superficial, pues antes de la contestación a la demanda se promovió declinatoria por falta de competencia territorial, se pretendió apelar en ambos efectos la sentencia que desestimó tal cuestión, en la contestación se propusieron excepciones procesales y preliminares al fondo, se discutió éste con tenacidad e incluso alegando la posible nulidad de los procesos laboral y penal precedentes con base en la propia incapacidad de la demandada, se recurrió en apelación la sentencia estimatoria de la demanda y, en fin, se ha recurrido en casación la sentencia de apelación sin articular ni un solo motivo subsidiario que discuta la, por otra parte, evidentísima razón de la nulidad negocial acordada. Que ahora se pretenda una especie de declaración anticipada de incapacidad procesal de la demandada, fundada a su vez en una declaración de incapacidad de obrar no menos anticipada, sólo contribuye a generar confusión para, así, propiciar esa absurda propuesta de la contestación a la demanda consistente en considerar nulos los procesos laboral y penal anteriores al civil por también haber sido en ellos parte la hoy recurrente sin el adecuado complemento de su capacidad procesal.

EFICACIA CIVIL DE RESOLUCIONES CANÓNICAS

Concesión de eficacia civil a una sentencia de nulidad canónica pues el requisito del respeto o no contradicción con el orden público de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende, solamente se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia dictadas conforme al Derecho canónico no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal. No siendo obstáculo para tal reconocimiento que el matrimonio estuviese ya disuelto por divorcio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Abelardo interpuso demanda de menor cuantía contra doña María Ángeles en la que se solicitaba que se dictase sentencia por la que, estimando la demanda reconozca la eficacia civil de la sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico de Getafe, con fecha 30 de julio de 1997, por la que se declara nulo el matrimonio contraído entre don Abelardo y doña María Ángeles y, confirmada por el Tribunal de la Rota, mediante Decreto de fecha 13 de noviembre de 1997, siguiendo los trámites establecidos para el juicio ordinario de menor cuantía, resolver lo que haya lugar en Derecho, de conformidad con los fundamentos legales invocados y, acuerde los siguientes efectos: 1. Se reconozca la eficacia en el orden civil de la Sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico de Getafe, de fecha 30 de julio de 1997, por la que se declara nulo el matrimonio contraído por don Abelardo y Doña María Ángeles y, confirmada por el Tribunal de la Rota, mediante Decreto de fecha 13 de noviembre de 1997. 2. Que se comunique de oficio la resolución al Registro Civil en que consta la inscripción de matrimonio de estos esposos. 3. Que se condene en costas a la esposa, caso de que se oponga a esta demanda.

⊙ Admitida a trámite la demanda, no personada la parte recurrida fue declarada en rebeldía.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Parla dictó Sentencia el 6 de julio de 2000 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 2 de octubre de 2001 desestimando el recurso interpuesto por don Abelardo.
- Don Abelardo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La doctrina de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en relación a la cuestión planteada, afirma que, efectivamente, para dar eficacia civil con los efectos oportunos a una sentencia canónica de nulidad de matrimonio, hay que partir de una base incuestionable, como es la aconfesionalidad del Estado Español, principio establecido en el artículo 16.2 de la Constitución Española que no hace otra cosa que recoger lo proclamado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 10 de diciembre de 1948, que proclama la libertad religiosa de una manera absoluta.

Pues bien, teniendo en cuenta que una cosa es reconocer a la Iglesia Católica las atribuciones propias de una jurisdicción en materia matrimonial, como se establece en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, y otra, muy distinta, dar eficacia incuestionable en el orden civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, pues para este último supuesto será preciso, sin excepción alguna, que dicha resolución canónica sea conforme a las condiciones a que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Ya que la cooperación del Estado con la Iglesia Canónica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos (Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1982, de 12 de diciembre). Dicho lo anterior, y para el presente caso hay que decantarse por la estimación del recurso, –no se puede hablar de motivo casacional–, y conceder la eficacia civil solicitada.

En efecto, como dice el Ministerio Fiscal, la doctrina jurisprudencial precisa que el examen de fondo a que obliga el requisito del respeto o no contradicción con el orden público de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende, solamente se extiende «a constatar si las declaraciones de la sentencia dictadas conforme al Derecho canónico no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal» (SSTS de 1 de julio de 1994; 5 de marzo de 2001), esto es, si no contradicen el orden público interno integrado por «principios no sólo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales» (STS de 23 de febrero de 1995), en definitiva por los principios constitucionales y rectores del matrimonio según el derecho interno del foro.

Si se entiende que el control de homologación no se proyecta sobre el derecho sustantivo aplicado –en igual sentido el reglamento (CE) 137/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, cuyo ámbito alcanza también a las resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos cuando median Acuerdos o Tratados particulares– no cabría cuestionar la causa de nulidad aplicada que incide en un elemento esencial coincidente en ambos ordenamientos como es el consentimiento. Y si el problema se enfoca, como es necesario, en el plano del orden público matrimonial es más que dudoso que se dé la contradicción que declara el Tribunal de instancia, pues no se advierte en qué medida resulta así «perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español» (STS de 8 de marzo de 2001). En el plano del Derecho interno, el compromiso o aceptación de la indisolubilidad del matrimonio no le impide promover su disolución ejercitando la acción personal de divorcio que tendrá, si prospera, plenos efectos civiles.

Todo lo cual conduce a dar la eficacia civil procedente de la sentencia del Tribunal Eclesiástico de Getafe que declaró la nulidad matrimonial en cuestión, ya que lo contrario supondría negar virtualidad a los Acuerdos vigentes con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, en concreto lo determinado en su artículo VI. Pero sobre todo, porque en la Constitución Española se proclama la disolubilidad del matrimonio que serviría de base para dar eficacia a la sentencia canónica reseñada, prescindiendo si el derecho canónico permita o no tal disolubilidad, y sin que se pueda tampoco tener en cuenta en él que el cónyuge solicitante haya tenido una vida matrimonial más o menos larga, ni tampoco a la edad de los hijos matrimoniales.

Y además hay que decir la posibilidad de otorgar reconocimiento a las sentencias de nulidad

matrimonial o a las dispensas pontificias de matrimonio rato de matrimonios que ya han sido disueltos por precedentes sentencias civiles de divorcio, situación que se da en este caso, no ha sido rechazada por esta Sala (SSTS de 23 de febrero de 1995, y 5 de marzo de 2001). Pues, en efecto, y como se desprende de la citada jurisprudencia, no se está ante resoluciones inconciliables, no tanto por faltar la identidad objetiva cuanto porque sus consecuencias jurídicas no se excluyen recíprocamente en la medida en que los efectos civiles del divorcio no resultan alterados o modificados por la posterior declaración canónica de su nulidad. Sin que por otra parte la reserva mental dada por el recurrente a la perpetuidad del vínculo, pueda hacer efecto alguno en lo anteriormente proclamado.

En conclusión, y como ya se ha dicho la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que ya han sido especificadas con anterioridad.

ERROR JUDICIAL

No se considera que exista error judicial porque en fase de ejecución de sentencia se determine la pensión compensatoria que debe percibir la esposa, cuando en el convenio regulador se estableció una cantidad global en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y pensión alimenticia para el hijo, fijándose ambas en un 50% de la cantidad que se venía abonando.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Flora formuló demanda para el reconocimiento de error judicial, mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el día 21 de abril de 2004, referido a auto de fecha 12 de enero de 2004 (notificado al siguiente día 21), por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el rollo de apelación 386/2003, dimanante de los autos de ejecución judicial 83/2003 seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife. En el referido escrito después de la exposición de hechos e invocación de los fundamentos de derecho que estimó oportunos suplica a esta Sala: la admisión a trámite de la demanda y la petición al Tribunal para que remita todas las actuaciones del pleito y para que se declare la existencia de error judicial en el auto de referencia.

⊙ Por providencia de 4 de mayo de 2004 se ordenó la formación del correspondiente rollo y se tuvo por personado al referido Procurador en la representación que ostenta de la demandante, y por auto del siguiente día 26, se admitió a trámite la demanda por error judicial, ordenando la sustanciación por los trámites del recurso de revisión, la reclamación de los antecedentes y el informe a que se refiere el artículo 293.1.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⊙ Practicado el emplazamiento del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, por el primero se formuló escrito teniendo por contestada la demanda e interesando su desestimación, con imposición de costas a la actora. Y recibidas las actuaciones con el informe de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, (en el que niega la existencia del error judicial denunciado), se señaló para la celebración de vista el día 7 de abril de 2005 en que ha tenido lugar. Con intervención de la representación y defensa de la demandante, que solicitó la estimación de su demanda y con intervención del Abogado del Estado, que solicitó su desestimación, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

⊙ El Tribunal Supremo desestimó la demanda de error judicial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se interesa la declaración de error judicial de un auto dictado en ejecución de sentencia en el que en su pronunciamiento segundo se establece como cantidad correspondiente a la pensión de naturaleza compensatoria la de 285,37 euros y que viene obligado a satisfacer don Jorge a la demandante desde la fecha de la resolución en lugar de los 570,74 euros establecidos en la primera instancia.

Don Jorge suplicó una modificación de la sentencia de divorcio dictada el 8 de febrero de 1988 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife respecto de la suma de 45.000 pesetas originalmente pactada en el convenio regulador suscrito el 4 de octubre de 1985 en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos del hijo común.

La pretensión deducida para reconocimiento de error judicial pretende fundarse en que el señalamiento del auto denunciado de pensión de naturaleza compensatoria a favor de la demandante, después de la declaración firme de divorcio, desconoce la cosa juzgada al alterar la cantidad indeterminada que se indica en la sentencia que se ejecuta.

Tal pretensión no puede ser atendida; por una parte, hay que distinguir entre la pensión compensatoria a favor de la esposa y la obligación de alimentos a favor del hijo. Sin embargo, la demanda entiende que el auto incurre en tres errores judiciales. El primero porque considera que el auto de 12 de enero de 2004 ha conculcado gravemente la sentencia de la cosa juzgada en su vertiente formal y material, infringiéndose así los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo que se contempla es que considerando que en el momento del establecimiento de la pensión no se hizo una cuantificación proporcional, la Audiencia estima que la proporcionalidad debe establecerse en el cincuenta por ciento, es decir, en 22.500 pesetas iniciales por cada concepto, por lo que consecuentemente la pensión de la madre se corresponde con la mitad de lo que venía percibiendo cuando subsistía la obligación respecto del hijo.

Esta última interpretación es la única posible. En un convenio de separación matrimonial, donde existe un hijo con derecho a pensión alimenticia, si se conviene una pensión global, ésta es en parte alimenticia del hijo, en parte compensatoria de cónyuge.

Por todo lo expuesto el auto que se denuncia no incurre en ninguna interpretación, ni sustantiva ni procesal, que alcance la categoría de interpretación esperpéntica, ni que rompa con las normas hermenéuticas del ordenamiento jurídico, como exige la doctrina reiteradísima de esta Sala.

SUCESIONES

Nulidad del testamento otorgado en peligro de muerte y hecho a favor de los administradores de una residencia de ancianos interviniendo como testigos empleados de la misma ya que el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario cuando nada obste a que este fedatario público autorice el testamento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

- En el mes de febrero de 1989, don Juan Pablo ingresó en la «Residencia del Pinar del Rey, SA» sita en el Paseo de las Acacias número 43 de Madrid, en la actualidad denominada «Residencia Renta Jubilados, SA», con sede en el Pasaje del General Mola, número 4 de esta ciudad.

- Don Juan Pablo había otorgado testamento abierto el 10 de junio de 1964, donde nombraba heredera a su hermana doña María Milagros y, en defecto de la misma, a sus hermanos don Jesús Luis y don Pedro Jesús.

⊙ Doña María Milagros premurió al testador en estado de soltera con testamento otorgado a favor de don Juan Pablo, y los otros dos hermanos, don Jesús Luis y don Pedro Jesús, fallecieron el 20 de septiembre de 1990 y 13 de octubre de 1992, respectivamente.

⊙ Don Juan Pablo dispuso nuevo testamento en peligro inminente de muerte el 11 de septiembre de 1992, después de sufrir un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta, el cual fue otorgado ante cinco testigos y firmado por todos ellos, y en el que, además, aparece una huella dactilar que se dice corresponde al testador, en cuyo documento se hace constar que es soltero e «instituye única y universal heredera de todos sus bienes, a pleno dominio a doña Bárbara», que resultaba ser la administradora, junto con su esposo don Luis Alberto, de la residencia donde el Sr. Juan Pablo se alojaba, constituida en Sociedad Anónima de la que forman parte los dos hijos de este matrimonio.

⊙ Don Juan Pablo falleció el 17 de septiembre de 1992 sin reponerse de los padecimientos antes reseñados, y doña Bárbara solicitó la adveración del testamento otorgado en peligro de muerte, mediante escrito presentado en el Juzgado el 17 de diciembre de 1992, es decir, dentro de tres meses a partir del fallecimiento del testador, y fue protocolizado el 3 de mayo de 1993.

⊙ Don Pablo, doña María Milagros, doña Victoria, don Rodrigo, don Lucas, doña Rita y don Silvio, promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre nulidad de testamento, contra don Luis Alberto y doña Bárbara, en la que solicitaban que se dictase sentencia por la que se declare: «1.º) La nulidad absoluta del testamento otorgado en inminente peligro de muerte a favor de doña Bárbara, el día 11 de septiembre de 1992, protocolizado ante el Notario de Madrid, don Antonio Crespo Nonerri el día 3 de mayo de 1993, al haberse otorgado el mismo sin ninguna garantía ni de fondo ni de forma y haber mediado dolo inducido. 2.º) Que se declare abierta la sucesión intestada de don Juan Pablo, declarando únicos y universales herederos por iguales partes a don Silvio, doña Rita, don Lucas y don Rodrigo; doña Victoria, doña María Milagros y don Pablo. 3.º) La total inexistencia y por ello la ineficacia del testamento en inminente peligro de muerte, declarando heredera universal a doña Bárbara, llevará consigo la restitución y reintegro a la masa hereditaria de cuantos bienes del ajuar doméstico o personales y de todo tipo se haya apropiado de don Juan Pablo, así como volver a su estado originario el piso sito en ... De no ser posible su restitución y reintegro, el equivalente de su valor dinerario conforme a las estimaciones que resulten de estas actuaciones. 4.º) La nulidad y la cancelación de la inscripción o inscripciones que se hayan podido practicar como consecuencia del testamento cuya nulidad se solicita, en cualquier registro tanto de entidades públicas como privadas. 5.º) Todo lo demás procedente en derecho conforme a lo expuesto en esta demanda para dar a los actores la protección que demandan a los tribunales. 6.º) Condene, asimismo, a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a que le den exacto y total cumplimiento, con expresa imposición a los mismos de las costas del juicio».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, contestaron oponiéndose a la misma, suplicando que se dicte sentencia, por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 26 de Madrid dictó Sentencia el 5 de septiembre de 1995 desestimando las excepciones de falta de personalidad en don Luis Alberto y de cosa juzgada y estimando parcialmente la demanda, declara la nulidad absoluta del testamento otorgado en inminente peligro de muerte a favor de doña Bárbara el día 11 de septiembre de 1992, protocolizado el día 3 de mayo de 1993, ante el Notario de Madrid don Antonio Crespo Nonerri y condena a los demandados a que restituyan a la masa hereditaria cuantos bienes se hayan apropiado en virtud de dicho testamento y de no ser posible su restitución, reintegren su valor en dinero, todo ello a determinar en ejecución de sentencia, procediendo la cancelación de las inscripciones que se hayan podido practicar como

consecuencia del reiterado testamento en cualquier registro tanto público como privado mientras no perjudiquen a terceros, desestimando en lo demás la demanda, sin efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas procesales.

- En grado de apelación, la Sec. 12.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 11 de noviembre de 1998 estimando íntegramente el recurso y desestimando la demanda con imposición de costas de ambas instancias a la parte demandante.

- Don Lucas, don Pablo, don Rodrigo, don Silvio, doña Rita, doña Victoria y doña María Milagros, interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se alega la aplicación indebida del artículo 700 del Código Civil, en relación con la infracción de los artículos 687 y 695 de este ordenamiento y de la trasgresión de los artículos 7.2 del Código Civil, 1.1 y 9.3 de la Constitución por el concepto de vulneración por inaplicación, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada afirma que el testamento otorgado en 11 de septiembre de 1992 reúne todos los requisitos legales exigidos por el artículo 700 del Código Civil, es decir, peligro inminente de muerte por incidencia de enfermedad grave, edad avanzada del testador y concurrencia de cinco testigos idóneos, pues la particularidad de que éstos fueran empleados de la residencia cuya administración recaía en la declarada heredera, no invalida tal idoneidad al no concurrir otras circunstancias; que no existe precepto legal que obligue a acudir a la presencia de Notario dentro de los seis días que mediaron entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento del testador; e, igualmente, otorga eficacia al documento privado de compraventa del piso de don Juan Pablo, así como a las transacciones efectuadas en las cuentas corrientes, que quedaron legalizadas desde el momento en que el testamento otorgado en peligro inminente de muerte se hizo a favor de doña Bárbara, esposa de don Luis Alberto; sin embargo, la intervención tanto en la redacción, como para salvar la ausencia de la firma del testador, de uno de los testigos, que no se limitó a presenciar el acto, sino que ha coadyuvado a su conformación, supone una vulneración grave de la esencia misma de la institución, pues se trata de un acto personalísimo, y evidencia la ausencia intencionada del Notario, con infracción de normas de obligado cumplimiento, en virtud a que, para que firme un testigo a ruego del testador, es preciso que éste manifieste no poder o no saber hacerlo y que ruegue a aquél que lo haga en su nombre, formalidades externas que es preciso que consten bajo fe de notario– se estima por las razones que se dicen seguidamente.

La sentencia recurrida contiene el siguiente razonamiento: «Empecemos por afirmar que el testamento otorgado el 11 de septiembre de 1992 reúne todos los requisitos legales que exige el artículo 700 del Código Civil, esto es, inminente peligro de muerte por la concurrencia de un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta en una persona, el testador, de 88 años de edad, y la concurrencia de 5 testigos idóneos, pues la circunstancia de que éstos fueran empleados de la Residencia cuya administración recaía en la declarada heredera, no invalida tal idoneidad al no concurrir otras circunstancias, o al menos no constar, que coadyuven a conclusión contraria, e incluso se escribió el testamento y se firmó por los testigos agotando así la recomendación que hace el artículo 702 del Código Civil con la existencia de la huella dactilar del testador cuya falsedad, insinuada por la parte actora, no se ha probado cuando hubiera sido de fácil comprobación a través del correspondiente estudio dactiloscópico y por lo demás ha quedado probado que el testador se encontraba consciente y con decidida voluntad de testar en la forma en que lo hizo según se recoge en sentencia de la jurisdicción penal dictada por el Juzgado de lo Penal número 17 confirmada por la Sección 7 de la Audiencia Provincial que dictó sentencia absolutoria en denuncia por presunto delito de estafa contra los hoy demandados al haberse otorgado documento de compraventa por el testador, antes de otorgar testamento, en favor de doña Bárbara del piso sito en ...».

La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que el testamento que nos ocupa se refiere única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no haya lugar a que pueda acudir al Notario.

En el caso debatido, no hay duda del peligro inminente de muerte, pues el testador, de 88 años de edad, estaba afectado el día 11 de septiembre de 1992, fecha en que utilizó esta forma de testar, por un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta, que provocaron su fallecimiento seis días después.

La sentencia de instancia no hace mención a la imposibilidad de la asistencia de un Notario y, aunque tal particularidad no aparece en la redacción del citado artículo 700, no cabe interpretar este precepto en el sentido de que constituya un medio para excluir voluntariamente a este fedatario público cuando exista la factibilidad de su participación en el acto testamentario.

Esta Sala tiene declarado en numerosas sentencias que, aunque es esencial el estado de peligro de muerte, sin el cual no ha de entenderse válido este testamento, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (entre otras, SSTS de 19 de diciembre de 1959, y 3 de noviembre de 1962), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia (STS de 8 de febrero de 1962 y 2 de julio de 1977).

En definitiva, resultaba obligada la justificación de que no se ha prescindido del Notario de una manera voluntaria; y, en este caso, no existe dato demostrativo alguno en las actuaciones respecto a que, de alguna manera, se haya procurado tal intervención, lo que, al residir el testador en Madrid, no ofrecía dificultades, en atención al número de funcionarios de esta clase con destino en la Capital, y sin que obstaculice a ello la circunstancia de que el día 11 de septiembre de 1992 fuera viernes, habida cuenta del servicio de guardia establecido en el Colegio Notarial durante los viernes, sábados y domingos para situaciones de urgencia como la del supuesto del debate.

Sin perjuicio de lo hasta ahora argumentado, se dice por la parte recurrente que la sentencia de apelación otorga eficacia al documento privado de compraventa del piso de don Juan Pablo, así como a las transacciones efectuadas en las cuentas corrientes, que quedan legalizadas desde el momento en que el testamento otorgado en peligro inminente de muerte es a favor de doña Bárbara, esposa de don Luis Alberto, no obstante, de una parte, ello no figura en dicha resolución, salvo la referencia antes indicada sobre la sentencia de la jurisdicción penal, y de otra, tales alegaciones, aparte de su enunciado, no han sido objeto del motivo, que se circunscribe a la formulación de planteamientos sobre la ineficacia del testamento de 11 de septiembre de 1992.

El motivo segundo del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación de los artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial concordante, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha valorado que los demandados realizaron prácticas de confusionismo, consistentes en tratar de aparecer, ocasionalmente, en sus relaciones jurídicas, como tales individuos, para, en otros casos, intentar hacer uso de la vestidura constituida por la «Residencia Renta Jubilados, SA», que ellos mismos controlaban, por lo que su conducta es determinante de daño y perjuicio, sin que quepa aceptar la independencia entre los litigantes pasivos y la mercantil indicada, de modo que procedía levantar el velo de esta sociedad para poner coto a los fraudes y abusos que por medio del «manto protector» de la misma, se pudieran cometer, con referencia a la compra del piso sito en ..., de don Juan Pablo por dicha sociedad mediante documento privado de 2 de septiembre de 1992, anterior al testamento de autos, cuando don Luis Alberto y su esposa son administradores solidarios de aquella entidad, amén de empleadores de todas las personas que actuaron como testigos en el contrato privado y en el testamento de 11 de septiembre de 1992, y beneficiarios de todos los bienes del difunto– se desestima porque tal inmueble ha sido adquirido en compraventa por un tercero que no es parte en este juicio, antes y con independencia del testamento otorgado en peligro inminente de muerte por don Juan Pablo, sin que se haya ejercitado acción alguna con mención a este contrato, por lo que quedan a salvo las que correspondan a la parte actora para impugnar la mentada transmisión.

El motivo tercero del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación indebida del artículo 673 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial concordante, puesto que, según reprocha, la sentencia de la Audiencia no ha considerado que el testamento otorgado en inminente peligro de muerte por don Juan Pablo el 11 de septiembre de 1992 es nulo por haber sido otorgado dolosamente, sin que el dolo referido en el precepto citado sea aquel en el que el testador aparezca como sujeto activo del mismo, sino el que sufrió como sujeto pasivo de la maniobra de un tercero, que cabe demostrar por cualquier medio probatorio, incluso por presunciones, debido a que los demandados regentan la residencia donde habitaba el causante y, a la vez, son empresarios y empleadores de todos los testigos del testamento, situaciones encadenadas y hechos que envuelven la maquinación intencionadamente dirigida a mover en su beneficio la voluntad del causante, y al sin-

gular momento de la declaración debe atenderse para emitir juicio de la captación dolosa– se desestima porque, sin perjuicio de lo explicado en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia para determinar la nulidad del testamento que nos ocupa, el planteamiento aquí expuesto por la parte recurrente no ha quedado acreditado en autos.

El motivo cuarto del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la doctrina jurisprudencial respecto a la apertura y posterior apropiación, a partir del 14 de septiembre de 1992, de las cuentas de don Juan Pablo por don Luis Alberto, con cita de la STS de 19 de diciembre de 1995, según la cual la atribución de la propiedad del saldo se relega a la prueba de las relaciones internas entre los titulares bancarios y no a la mera cotitularidad– se estima por coherencia con la aceptación del motivo primero, que determina el reintegro a la masa hereditaria del causante de los bienes de que se haya apropiado el referido codemandado.

La estimación de los motivos primero y cuarto del recurso determina la casación de la sentencia recurrida; y asumidas por la Sala las funciones de la instancia, procede estimar en parte la demanda formulada por don Pablo y otros contra don Luis Alberto y doña Bárbara, con base en los razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho segundo y quinto de esta resolución, y, al respecto, ratificamos íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 26 de Madrid en fecha de cinco de septiembre de 1995.

SUCESIONES

Recibidas diversas sumas por los hijos antes del fallecimiento de la madre, se acuerda traer a colación de la masa hereditaria el valor actualizado de dichas sumas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Julieta, don Juan Francisco, don Rafael y don David interpusieron demanda de menor cuantía contra don Bernardo solicitando que se dictase sentencia por la que: «1.º) Se declare la falsedad de la causa onerosa de la escritura pública de compraventa de fecha 29 de marzo de 1989, y que dicha escritura encubre una donación a favor únicamente de don Bernardo, ordenándose en consecuencia mediante Mandamiento por duplicado dirigido a la Sra. Registradora de la propiedad de Albaida la cancelación de la inscripción 2.ª de la finca núm. ..., en el que se declara el pleno dominio de dicha finca con carácter ganancial a favor del matrimonio formado por don Bernardo y doña Victoria, y la consecuente inscripción del pleno dominio de la meritada finca a favor de don Bernardo al haberla adquirido por donación de doña Andrea; se declare el carácter colacionable del valor del inmueble donado a don Bernardo. 2.º) Subsidiariamente, declare la nulidad, por simulación absoluta, del contrato de compraventa contenido en la escritura pública de 29 de marzo de 1989, así como la nulidad del propio título; se ordene la cancelación de la inscripción 2.ª de la finca núm. ..., por medio del oportuno Mandamiento por duplicado dirigido a la Sra. Registradora de la Propiedad de Albaida, y se traiga el inmueble objeto del contrato declarado nulo a la masa hereditaria de la causante. Tanto en uno como en otro caso, las costas deberán imponerse a los demandados».

⊙ Don Bernardo contestó a la demanda para oponerse a la misma y al tiempo planteó reconvención, por la que terminó suplicando: «Dicte sentencia por la que se desestime la demanda interpuesta

por don Juan Francisco, don David, don Rafael, y doña Julieta contra su hermano don Bernardo, y se estime la demanda reconvencional que se interpone en nombre de este último contra aquéllos, acordando: «1.º) Declarar la obligación de los hijos y herederos de doña Andrea, (Hermanos David, Bernardo, Julieta, Rafael, Juan Francisco) de pasar por la partición de bienes plasmada en el documento núm. 1 acompañada a este escrito de contestación y reconvención. 2.º) Declarar la obligación de los herederos de doña Andrea, don Juan Francisco, don Bernardo, doña Julieta, y don David de traer a colación a la herencia el valor del bien o bienes recibidos con anterioridad al fallecimiento de su madre y mencionados en el hecho primero de este escrito. 3.º) Declarar colacionables en la herencia de doña Margarita: A) El valor de la finca registral núm. ... del Registro de la Propiedad de Albaida, que fue donado por doña Andrea a su hijo don Juan Francisco el 6 de junio de 1989; B) El valor de la finca registral núm. ... del Registro de la Propiedad núm. 6 de Valencia, cuyo precio fue donado a doña Julieta para su adquisición en fecha 4 de mayo de 1976; C) 500.000 pesetas donadas a don David; D) Otras 500.000 pesetas donadas a don Juan Francisco. 4.º) Declarar la obligación de doña Julieta de abonar a la herencia las rentas cobradas a los arrendatarios de las fincas rústicas de Benimaclet y Carpesa pertenecientes a la herencia, así como las cobradas a los arrendatarios Sres. Franco e Isidro. 5.º) Declarar haber lugar a incluir en el inventario de la herencia la cantidad de 840.414 pesetas en concepto de deudas de la causante y de la herencia, y el derecho de don Bernardo a que se le reintegre dicho importe con cargo a la herencia. 6.º) Condenar a los demandados a pasar por tales declaraciones. 7.º) Imponer las costas procesales a los actores y demandados de reconvención».

⊙ Los actores contestaron a la demanda reconvencional y suplicaron: «Dicte sentencia conforme a lo interesado en el Suplico de la demanda, así como desestime los pedimentos de la demanda reconvencional en los términos en los que están planteados, declarando colacionables los bienes señalados en el apartado C, epígrafes a), b), c), d) y e) del Hecho Primero de este escrito, e imponga al demandado y actor reconvencional las costas del presente procedimiento».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 21 de Valencia dictó Sentencia el 10 de septiembre de 1996 estimando la demanda y declarando la nulidad de la compraventa otorgada en escritura pública de 29 de marzo de 1989 y en su consecuencia declarar la cancelación de la inscripción 2.ª de la finca núm. ... del Registro de la Propiedad de Albaida. Igualmente estimó la reconvención declarando la obligación de los herederos de doña Andrea de traer a colación los bienes recibidos con anterioridad al fallecimiento de aquélla y concretamente el valor de la finca registral núm. ... del Registro de la Propiedad de Albaida; el de la finca registral núm. ... del Registro de la Propiedad número 6 de Valencia; de las 500.000 pesetas donadas a don David y de las 500.000 pesetas donadas a Juan Francisco; declarando asimismo la obligación de doña Julieta de traer a la herencia las rentas cobradas de las fincas rústicas que sitas en Carpesa y Benimaclet están dentro de la masa hereditaria, y como deuda de pasivo del haber hereditario los gastos que en la cantidad de 840.414 pesetas efectuó el demandado; condenando a los demandados a pasar por esta declaración.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 30 de octubre de 1998, la que contiene el siguiente fallo: 1. Estimando la apelación del demandado don Bernardo y revocando en lo necesario el particular 1.º de la Sentencia impugnada, declara que la transmisión dominical operada en escritura de 29 de marzo de 1989 en forma de compraventa sobre la finca núm. ... del Registro de la Propiedad de Albaida (Benigánim), en que la vendedora era doña Andrea y los adquirentes don Bernardo (y su esposa doña Victoria), por el confesado precio de 200.000 pesetas, fue, en realidad una donación o acto de liberalidad de aquella Sra. Julieta en favor del mentado doña Victoria, su hijo, y en cuanto tal ha de tenerse en cuenta en la computación y cuenta de la partición de la herencia de la repetida doña Margarita, de modo que el valor que a tal inmueble se le asigne en el momento de evaluar los bienes de la herencia se tenga en cuenta para calcular el haber relicto

por dicha causante y sin perjuicio de que se mantenga dicha atribución dominical, al repetido de don Bernardo, a cuenta o en pago de su porción (1/5 parte) del haber partible de dicha causante. Sin que haya lugar al resto de lo pedido por los actores a este apartado 1.º de su suplico ni tampoco a lo postulado a título subsidiario en el 2.º; y dejando, igualmente, sin efecto, la condena en costas (1.ª instancia) a los demandados. 2.º Estimando, parcialmente, el recurso de los demandantes reconvenidos contra el expresado fallo, confirmamos lo resuelto por el Juez en el apartado 2.º del fallo de su sentencia (en donde acoge parcialmente la reconvención), si bien, la «obligación de colacionar» de que allí se habla hará de entenderse en los términos en que en los FFDD 4.º y 5.º de la presente se puntualizan. 3.º No se hace imposición de costas de esta alzada. 4.º Por la rebeldía de la demandada doña Victoria, notifíquesele la presente en forma que establece el artículo 283 de la LEC, a menos que, dentro de tercero día se solicite la notificación en forma personal a dicha litigante.

⊙ Don Bernardo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó que se trajera a colación de la masa hereditaria el valor actualizado de las sumas recibidas por los donatarios al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia recurrida declara colacionables como bienes integrados en la herencia de doña Andrea –madre de los litigantes– las cantidades siguientes: a) A cargo de su hijo don Juan Francisco la donación recibida en metálico por importe de 500.000 pesetas; b) A cuenta del hijo don David la misma cantidad entregada, es decir 500.000 pesetas y c) A su vez el referido don Juan Francisco debería colacionar a la masa hereditaria la cantidad de tres millones de pesetas, correspondientes al precio obtenido por su madre de la venta de la finca-solar de su propiedad y cuya suma donó al referido heredero.

El motivo denuncia infracción del artículo 1045 del Código Civil para sostener que las sumas dinerarias donadas sujetas a colación no han de ser entendidas por las mismas recibidas, y sí conforme al precepto que se aporta como infringido, por el valor representado al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, criterio que el Tribunal de Apelación sólo aplicó a los inmuebles cuya colación decretó.

El referido artículo 1045 en su redacción anterior decía «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiera hecho entonces su justiprecio». En la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, que es la aplicable al caso de autos, se precisa que el valor de las cosas donadas es el que corresponde «al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios», adoptándose de este modo el sistema de colación *ad valorem*, por lo que el valor de los bienes que hubieran 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.

El artículo 1045 no contempla el caso concreto de donaciones consistentes en sumas de dinero, por lo que no precisa si la colación ha de efectuarse por el valor nominal, o, por el contrario, atendiendo al valor real, es decir la cantidad recibida pero actualizada.

Resulta determinante el hecho que se presenta notorio que el donatario ha incorporado a su patrimonio una cantidad de dinero cuyo valor al tiempo de la donación no es el mismo que el que pudiera tener al fallecer el causante y sobre todo en el momento de la evaluación de sus bienes, ya que los coherederos resultarían perjudicados si se tuviera en cuenta el valor nominal y no el valor real, lo que no se acomoda a la equidad ni a la voluntad de la testadora que instituyó a sus cinco hijos (litigantes en este pleito), como herederos por partes iguales, como tampoco a la legalidad sucesoria desde el momento que los artículos 1047 y 1048 del Código Civil contemplan los medios e instrumentos para que los herederos reciban cuotas equivalentes.

Si bien algunos preceptos del Código Civil están presididos por el criterio nominalista –artículos 1170 y 1753–, la respuesta casacional que procede en el supuesto presente es la de atender al valor real, ya que así resulta del cambio legislativo que se operó en el artículo 1045 por la reforma de 1981, que deja la determinación del valor de las donacio-

nes recibidas para el momento en que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, por lo que procede es la actualización monetaria del valor efectivo de las sumas donadas, o, en otras palabras, ha de atenderse en el momento de la colación al valor real, que no es otro que las cantidades que igualen el poder adquisitivo que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación, pues éste es el criterio general del artículo 1045, cuya infracción se ha producido y con ello la estimación del motivo.

Al acogerse el motivo corresponde a esta Sala resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparezca planteado el debate (artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que lleva a decidir que procede casar la sentencia recurrida en la concreta declaración de que las sumas dinerarias sujetas a colación lo serán por el valor que les corresponda al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, petición incluida en el suplico de la demanda reconvencional (segundo).

SUCESIONES

Estimación de la acción pauliana ejercitada por el banco ante la renuncia a los legados de la herencia del padre por los hijos que eran deudores de aquél, procediendo la revocación de la escritura de partición, adjudicación y renuncia al haberse realizado en perjuicio de acreedores de los herederos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

Banco Pastor SA interpuso demanda de menor cuantía contra don Luis, doña Carina, doña María del Pilar, y doña Melisa y doña Soledad solicitando que se dictase sentencia en la que se declare: «a) Que procede rescindir o revocar dejando sin valor ni efecto los actos y contratos realizados por los demandados, según se deja expuesto, formalizados a medio de escritura pública de fecha 22 de diciembre de 1992 otorgada ante el Notario por producirse en fraude de acreedores. b) Que procede revocar o rescindir dejando sin valor ni efecto la renuncia de derechos en la sucesión de su esposo efectuada por doña Rocío, por las mismas razones. c) Que procede rescindir y revocar, dejándola sin valor ni efecto, la liquidación parcial de la sociedad de gananciales de doña Rocío con su fallecido esposo y la formación de hijuelas por producirse en fraude de acreedores. d) Revocar y rescindir, dejándola sin valor ni efecto, la renuncia a los legados efectuada por don Bernardo y don Ricardo, establecidos en el testamento de su padre y el deferimiento y aceptación en consecuencia en favor de sus descendientes, por producirse en fraude de acreedores. e) La rescisión o revocación de la partición y adjudicación de la herencia de don Benjamín por doña María Inés y los hijos de don Ricardo y don Bernardo, llamados don Luis, Carina y María del Pilar y Soledad y Melisa, por las mismas razones. Todo lo expuesto en los precedentes contemplado en la escritura titulada de partición de herencia otorgada en 22 de diciembre de 1992 ante el Notario de Chantada don Manuel Ángel Martínez García bajo el número 1.725 de su protocolo. f) Acordar la cancelación de las inscripciones registrales derivadas de las anteriores declaraciones efectuadas en relación con las fincas registrales números ... del Registro de la Propiedad de Chantada. g) Con los efectos inherentes y derivados de tales declaraciones. Condenando a los demandados a estar y pasar por tales pronunciamientos con imposición a los mismos de las costas del juicio».

- Los demandados don Luis, doña Carina y doña María del Pilar, y doña Melisa y doña Soledad se personaron en el pleito y contestaron a la demanda, a la que se opusieron, por lo que vinieron a suplicar: «Que por contestada la demanda, siguiendo el asunto por sus peculiares trámites hasta obtener sentencia definitiva por la que se desestime la demanda con imposición de las costas a la parte actora».

- Por providencia de 2 de abril de 1997 fueron declarados rebeldes procesales la Herencia yacente de doña Rocío, doña María Inés, don Ricardo, don Bernardo, doña Irene y doña Eva.

- El Juzgado de 1.ª Instancia de Chantada dictó Sentencia el 13 de junio de 1997 estimando la demanda y revocando los actos y contratos realizados por los demandados y formalizados a medio de escritura pública de fecha 22 de diciembre de 1992, solamente en la medida en que sea necesario para satisfacer los créditos obrantes en autos, titularidad de la parte actora, procediéndose a la cancelación de las anotaciones registrales derivadas de las declaraciones que se deban revocar, conforme a lo antes expuesto y que será determinada en ejecución de sentencia.

- En grado de apelación la AP de Lugo dictó Sentencia con 17 de noviembre de 1998 dando lugar al recurso de apelación entablado por Banco Pastor SA, y rechazando el de la demandada, declaró la revocación de los actos y contratos realizados por los demandados formalizados por escritura pública de 22 de diciembre de 1992 dejándolos sin valor ni efecto alguno, acordándose en consecuencia la cancelación de las inscripciones registrales derivadas de tal anterior declaración efectuadas en relación con las fincas registrales números ... del Registro de la Propiedad de Chantada.

- Don Luis, doña Carina y doña María del Pilar, así como de doña Soledad y doña Melisa, formalizó recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Estamos ante un supuesto en que dos herederos de los designados y resultaron demandados, renunciaron en la escritura pública de 22 de diciembre de 1992 al legado que su padre don Benjamín les había hecho en el testamento abierto que otorgó el 1 de septiembre de 1995, con cargo a los tercios de libre disposición y mejora (cláusula tercera) y referido a los derechos que al testador le correspondían sobre la mitad indivisa de carácter ganancial respecto al solar situado en la calle del Doctor Fleming de Chantada, extendiéndose el legado a la parte correspondiente a las edificaciones levantadas sobre dicho solar. Por consecuencia de la referida renuncia los herederos fueron sustituidos por sus hijos, (demandados-recurridos), y pasaron éstos a ser los titulares de los bienes con las cuotas hereditarias correspondientes. En la referida escritura la viuda del testador y madre de los herederos renunciantes, doña Rocío, –fallecida–, renunció pura y simplemente a todos cuantos derechos pudieran corresponderle en la sucesión de su esposo.

Los renunciantes con sus esposas habían contraído obligaciones dinerarias con el Banco Pastor, SA, referidas a un préstamo de fecha 2 de junio de 1992 y vencimiento el 2 de diciembre de 1992, por importe de cinco millones de pesetas y línea de crédito por doce millones de pesetas, de fecha 2 de junio de 1992 y vencimiento el 2 de junio de 1993, actuando como fiadora solidaria la madre doña Rocío. Al no haber sido satisfecha la deuda al Banco, éste hubo de promover dos juicios ejecutivos, en los que persiguió sin éxito los bienes de los deudores.

La sentencia recurrida, partiendo de los hechos probados –vino a aceptar los sentados por el Juzgado–, declaró que las renuncias hereditarias de los obligados los colocaron en situación de insolvencia provocada, dada la inexistencia de otros bienes suficientes, agotada la vía de apremio, resultando acreditado la concurrencia de *consilium fraudis*, por lo que estimó procedente la acción resolutoria ejercitada al amparo del artículo 1111 del Código Civil, decretando la revocación de los

actos realizados por los demandados a medio de la escritura de 22 de diciembre de 1992.

Se alega en el motivo, en primer lugar, no aplicación o, cuando menos, interpretación errónea de los artículos 997 del Código Civil, que se refiere a que la aceptación y repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, así como del 1001 de dicho Código que permite a los acreedores perjudicados, cuando el heredero repudia la herencia, a solicitar del Juez que les autorice aceptarla en nombre del renunciante, sin referencia literal al legatario. La aportación de dicho artículo resulta innecesaria desde el momento que la sentencia de apelación no lo tuvo en cuenta y por ello no puede considerarse infringido.

La sentencia recurrida no estudia la cuestión respecto a lo que ha de decidirse y es que la repudiación de la herencia no lo imposibilita cuando se lleva a cabo en el mismo acto de su aceptación, pura y simple, como aquí sucede, y tuvo lugar respecto a los legados que el testador estableció a favor de sus hijos don Bernardo y don Ricardo. La jurisprudencia lo que no autoriza es la posterior renuncia a la herencia ya aceptada (Sentencias de 23 de abril de 1928, 23 de mayo de 1958) y no es el caso de autos, pues estamos ante un acto conjunto de aceptación de herencia y renuncia sólo de los legados establecidos llevados a cabo en escritura pública.

El referido artículo 1111 se refiere a actos que el deudor hubiera realizado en fraude y resulta general respecto al 1291 que actúa concretamente para los contratos, precisando aún más el 1297 al tener en cuenta el supuesto de enajenación. La acción que asiste al acreedor lo es tanto contra el deudor fraudante como contra los que resulten cómplices en el fraude.

El motivo no procede, desde el momento en que aquí se cumplen los requisitos, conforme lo que queda estudiado, que permiten el éxito de la acción del artículo 1111, es decir de la existencia de crédito exigible anterior al acto fraudulento y que no resultó posible satisfacer en los procesos ejecutivos entablados. El fraude opera tanto cuando hubiese intención decidida de causar el perjuicio a los acreedores, como por la posible conciencia y previsión de que efectivamente tendría lugar, aunque, como dice la sentencia de 27 de noviembre de 1991, no se den elementos de juicio para estimar que la renuncia fue simulada, cuando concurren pruebas suficientes de que tal renuncia se presenta como acto fraudulento, en concreto como perjudicial para el Banco Pastor, SA.

Las impugnaciones casacionales que quedan estudiadas se desestiman y sí cabe atender a que la revocación general de la partición decretada por la Audiencia Provincial se presenta excesiva e innecesaria, desde el momento en que el valor de los bienes exceden en mucho al importe de la deuda, por lo que resulta acertada y más conforme a la realidad jurídica presente la sentencia del Juzgado que decidió que la revocación de la escritura de 22 de diciembre de 1992 no precisa fuera total y sí solamente en la medida que sea necesaria para satisfacer los créditos obrantes en autos de la titularidad del Banco Pastor SA, y con referencia concreta a los legados renunciados.

El motivo se acoge conforme a lo que queda estudiado y con aplicación del artículo 1715.1.3.º de la Ley Procesal Civil se confirma la sentencia del Juzgado.

SUCESIONES

Se desestima la acción de adición a la partición ya que, por la posesión continuada de los bienes muebles, uno de los coherederos adquirió su propiedad por usucapión.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel

ANÁLISIS DEL CASO

Don Alonso, don Leonardo y don Jesús Manuel interpusieron demanda de menor cuantía contra doña Trinidad, doña Carla, doña Gloria y doña Penélope, solicitando que se dictase sentencia por la que con estimación de nuestra pretensión, se condene a las demandadas conjunta y solidariamente a pagar a mis mandantes la cantidad de 10.518.333 pesetas o la que con mayor rigor y precisión pudiere

determinarse con período de ejecución de sentencia, una vez sentadas a lo largo del pleito las bases para una mejor concreción, a cuya cantidad habrán de incrementarse los intereses de la mora desde la fecha de la reclamación por conducto notarial a las segundas demandadas, como dato fehaciente de la reclamación extrajudicial de los acreedores o en su caso desde la fecha de la interpelación judicial y desde luego los intereses del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez dictada la sentencia pertinente y todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de doña Trinidad, doña Penélope, doña Gloria y doña Carla, como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se tenga por contestada la demanda, por planteadas las excepciones enunciadas y se desestime en su totalidad los pedimentos de la parte actora, y subsidiariamente y para el supuesto de no ser apreciadas, desestime igualmente la demanda, absolviendo a esta parte con todos los pronunciamientos favorables, con expresa imposición de costas en cualquiera de los dos casos».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de los de Madrid dictó Sentencia el 11 de junio de 1996 estimando la excepción de prescripción alegada por la parte demandada y desestimando la demanda no habiendo lugar a resolver sobre el fondo ni sobre la otra excepción alegada. Procede imponer las costas del procedimiento a la parte actora.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 18.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia con fecha 10 de noviembre de 1998 desestimando el recurso interpuesto por la parte actora.

⊙ Don Alonso, don Leonardo y don Jesús Manuel interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los demandantes alegaron que, cuando, en el año 1959 se realizaron (mediante escrituras públicas de 22 de febrero y 22 de marzo) las operaciones de partición de la herencia de la abuela común (doña Trinidad), fallecida sin testar el veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, no se incluyeron en el inventario ni en las operaciones subsiguientes de partición algunos bienes que también formaban parte de la herencia (en concreto, el mobiliario de la vivienda de la causante) y que los mismos habían pasado a poder de otros herederos, los demandados, que, en su mayor parte, los habían enajenado a terceros.

De ahí que, en representación del padre común premuerto, don Luis Miguel, pretendieran en la demanda rectora del proceso la condena de los coherederos demandados al pago de la parte que a ellos correspondía en el valor de los bienes omitidos, la cual cifraron en una cantidad determinada en pesetas (o, subsidiariamente, en aquella otra en que se liquidase en fase de ejecución de sentencia).

El Juzgado de 1.ª Instancia identificó la acción ejercitada en la demanda como la de partición adicional que regula el artículo 1079 del Código Civil (a cuyo tenor la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos) y la declaró prescrita, en aplicación del artículo 1964 del Código Civil. En su sentencia negó que el artículo 1965 de dicho Código fuera aplicable al caso, por no ser la acción ejercitada en la demanda la de división de la herencia, ya efectuada inmediatamente después de abierta la sucesión.

La Audiencia Provincial no se expresó con especial precisión. Así, al calificar la acción ejercitada en la demanda, se remitió a la sentencia del Juzgado, para luego negar fuera aplicable el artículo 1079 del Código Civil. Y, al pronunciarse sobre si había prescrito dicha acción, aplicó el artículo 1964 del Código Civil, para, seguidamente, responder a la invocación efectuada por el apelante del artículo 1965 del Código Civil, con reproducción del quinto considerando de la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1994 (que puso en relación la prescripción extintiva con la adquisitiva de un coheredero, con la declaración de compatibilidad de los artículos 1959 y 1965 del Código Civil: ... pues la imprescrip-

tibilidad de la acción para pedir la partición de una herencia, no impide que, previa concurrencia de determinados presupuestos ... pueda alegarse una situación de usucapión respecto a bienes atribuidos inicialmente a la masa hereditaria...)

Finalmente, dio a entender el Tribunal de apelación que la posesión de los muebles por una de los demandados (y hay que entender, a su muerte, por los demás) había convertido al mismo (y a sus causahabientes) en dueños, por medio de usucapión.

La referida sentencia fue recurrida en casación por los demandantes. Los motivos del recurso, sostenido en el artículo 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se refieren al régimen de prescripción extintiva de la acción ejercitada en la demanda. Sostienen los recurrentes que han sido, en sus respectivos casos, indebidamente aplicado e inaplicado los artículos 1964 y 1965 del Código Civil.

Calificó de modo correcto el Juzgado de 1.ª Instancia (y, en consecuencia, según se entiende, no la Audiencia Provincial) la acción ejercitada en la demanda como la de complemento o adición de operaciones particionales, que regula el artículo 1079 del Código Civil.

Dicho precepto, tras los artículos 1096 del Anteproyecto 1882-1888, 929 del Proyecto de 1851 y 887 del Código Civil francés, con el propósito de conservar la partición ya efectuada (al respecto, sentencias de 27 de junio de 1995 y 22 de octubre de 2002), excluye la rescisión de la misma cuando en el inventario y en las operaciones siguientes se hubieran omitido objetos o valores de la herencia y permite que la partición incompleta se complemente o adicione con los bienes omitidos.

Los demandantes alegaron en el escrito inicial del proceso que el mobiliario de la vivienda de la causante, ocupada por una de las demandadas, su hija doña Trinidad, tras la apertura de la sucesión, no se había incluido, por causa que no se expresa, en la herencia y, consiguientemente, en la partición efectuada en el año mil novecientos cincuenta y nueve.

No impide la calificación apuntada el que los actores hubieran reclamado a los demandados no una parte de los bienes omitidos, sino de su valor, por haber sido enajenados en su mayoría. Debe atenderse, en tal supuesto, al principio *favor partitionis* en que se inspira el artículo 1079 del Código Civil y a la semejanza entre él y el fenómeno de subrogación real, admitido en la aplicación de dicho precepto por la jurisprudencia (sentencias de 13 de octubre de 1960 y 13 de mayo de 1974, que negaron que los términos del artículo 1079 del Código Civil signifiquen que sea indispensable la existencia de los mismos valores y objetos para el éxito de la acción que nace de dicho precepto, cuando el Tribunal sentenciador estima probado que aquéllos existieron aunque hayan sido sustituidos por otros...).

Es cierto que, aunque el éxito de la acción de adición presuponga que los bienes omitidos formen parte de la herencia a repartir, ese previo contenido declarativo (establecido en la instancia) no aporta singularidad a los efectos de la mencionada calificación.

Ello supuesto, la prescripción extintiva de la acción de partición adicional que regula el artículo 1079 del Código Civil está regulada, en contra de lo que el Tribunal de apelación declaró, no por el artículo 1964 del Código Civil, que establece el plazo aplicable a las acciones personales que no tengan señalado uno especial, sino por el 1965 del Código Civil, dadas su identidad con la acción de partición de la herencia (en los dos casos incompleta); su semejanza con la *actio communi dividundo*, puesta de relieve en el Digesto (X.II.XX.IV), que, tras destacar que la acción de partición no podía ser ejercitada más que una vez, remitía a la de división de la cosa común en el caso de que hubieran quedado algunas indivisas *(quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest)*, y, finalmente, la regla *in facultate non datur praescriptio*, en que se inspira el artículo 1.965 del Código Civil, pues, mientras se mantenga la comunidad hereditaria, no hay justificación para declarar prescrita la acción para poner fin a la indivisión, aunque sea de una parte de los bienes.

Es cierto que para que la posesión convierta a un comunero, mediante la usucapión, en propietario de la cosa común, no basta con que la detente de modo exclusivo, como evidencia el artículo 1933 del Código Civil. Antes bien, es preciso que la posea a título de dueño único durante todo el tiempo que la norma exige (en el caso, el artículo 1955 del Código Civil). Por ello, cuando el señorío de hecho se comenzó a ejercer como coposesión, al presumirse que continuó ejerciéndose en el mismo concepto (artículo 436 del Código Civil), se hace necesaria una inversión del mismo, esto es, un cambio de aquélla en posesión exclusiva, con la misma apariencia que reclama su condición de instrumento para la adquisición de la titularidad del derecho real ejercitado de hecho.

El Juzgado de 1.ª Instancia, al dar por supuesta la prescripción extintiva de la acción de adición de la partición, no se pronunció sobre la posibilidad de que los bienes muebles hubieran sido adquiridos en propiedad por los demandados, mediante la posesión de una de ellos, continuada por sus causahabientes (artículo 1960.1.º del Código Civil).

Sin embargo, la Audiencia Provincial, bien que con la ya apuntada falta de claridad y como argumento subsidiario (el principal fue la prescripción extintiva de la acción), dio por sentado, con la referencia a la antes citada sentencia de 18 de abril de 1994 y la declaración de que la demandada fallecida (doña Trinidad) había tenido, desde la apertura de la sucesión, la posesión única ... de los ... bienes a que se refiere la demanda, declaró probada la usucapión.

Esa conclusión, reafirmada en el plano puramente subjetivo de la voluntad y consciencia de doña Trinidad, que llegó a donar los muebles a sus sobrinos, luego codemandados, lleva a afirmar que, en consecuencia, los actores no tienen derecho a completar la partición, pero no por haber opuesto los demandados la prescripción extintiva de la acción que ejercitaron en la demanda, sino porque se entiende declarado probado en la instancia que éstos adquirieron por usucapión la propiedad de los bienes omitidos, de modo que los mismos no formaban parte de la herencia en el momento de interposición de la demanda.

SUCESIONES

Nulidad de la compraventa y de la donación considerada remuneratoria disimulada por fraude de los derechos legitimarios del donante, ya que los servicios que la donataria realizó como secretaria, enfermera y ayudante fueron debidamente remunerados en su momento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penades

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Mediante escritura de compraventa de 26 de abril de 1997 don Bruno vende y transmite la nuda propiedad de unos inmuebles, reservándose el usufructo, a doña Julia. El mismo día, el Sr. Bruno otorgó testamento, ante el mismo notario, y además verificó un traspaso a la cuenta de doña Julia por importe de 1.325.000 pesetas, importe de los gastos notariales, registrales y tributarias causados por la operación documentada en dicha escritura. En la propia escritura de compraventa se prevé la intervención del marido de la compradora para manifestar que el dinero invertido procedía del peculio privativo, lo que realizó por diligencia.

⊙ Don Valentín, doña Leonor y don Bernardo promovieron demanda de juicio de menor cuantía contra doña Julia en la que se solicitaba la nulidad radical de la escritura de compraventa autorizada por el Notario de Burgos don Julián Sastre Martín, de 26 de abril de 1997, otorgada como vendedor por don Bruno, padre de los actores, y como compradora por la demandada, y se solicitaba también la cancelación de las anotaciones e inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad de Lerma, así como la condena en costas. Los actores entienden que se trata de un contrato simulado; que la demandada había conseguido gran intimidad y ascendiente sobre el Sr. Bruno, al que asistía desde hacia 10 años y administraba de hecho parte de sus bienes. Además, insisten que el Sr. Bruno, su padre, se encontraba en un estado físico muy deteriorado. El Sr. Bruno falleció poco después, a mediados de mayo de 1997.

⊙ Don Regina, hija también de don Bruno interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra doña Julia en la que postulaba la declaración de inexistencia de compraventa documentada en tal escritura, por simulación absoluta y, en su caso, la nulidad de la posible donación simulada a favor de la demandada por ilicitud de causa, ordenándose el reintegro de los bienes transmitidos al patrimonio de origen (en ese momento, ya caudal relicto). Subsidiariamente, se solicitaba que se declarase

inoficiosa la donación en cuanto perjudique los derechos legitimarios, ordenándose su reducción por el exceso y el pago de la legitima, así como que se condenare a la demandada a estar y pasar por esas declaraciones, a la restitución de las fincas y de los frutos que haya obtenido desde la interposición de la demanda, la cancelación de la inscripción registral y al pago de las costas.

⊙ Con anterioridad, los propios actores habían obtenido sentencia contra la misma demandada, declarando la nulidad de una compraventa efectuada por el mismo Sr. Bruno, que se refería a un inmueble ganancial sito en Laredo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 26 de noviembre de 1997).

⊙ La demandada opuso que se trataba, en realidad, de una compraventa relativamente simulada, pues subyace y existe una donación remuneratoria disimulada a favor de la demandada, «que se ha dedicado durante trece años a cuidar de don Bruno sin percibir por ello una sola peseta, con gran dedicación, en base a la amistad que el Sr. Bruno tenía con los padres de esta demandada». Dice, además, que «ejercía funciones de secretaria, enfermera y ayudante», ya que se encontraba paralítico en una silla de ruedas, precisando gran atención, con un gravísimo deterioro físico, pero conservaba todas sus facultades mentales.

⊙ Admite la existencia de la transferencia del importe de gastos e impuestos, pues era –dice– la voluntad del Sr. Bruno, hacerse cargo de ellos.

⊙ El juez de 1.ª Instancia núm. 6 de Burgos desestimó la demanda, absolviendo a la demandada.

⊙ Apelada la Sentencia por los actores, se solicitó el recibimiento a prueba, para la práctica de algunos medios probatorios que habían sido ya solicitados en 1.ª Instancia, después del período de prueba, en su escrito llamado «de conclusiones», según propuesta que dice basándose en el artículo 340, apartado 1.º y 3.º, de la LEC, entonces vigente. En concreto, la representación de los Sres. Valentín, Bernardo, Regina, Leonor, había formulado en conclusiones solicitud de diligencia para mejor proveer, ya que parecía deducirse del examen de las cuentas bancarias realizada durante la prueba documental que existían traspasos por importe de 6 millones y 8 millones de pesetas entre las cuentas de don Bruno y de doña Julia. Por ello, al amparo del indicado precepto de la LEC 1981, entonces vigente, solicitaba, entre otros, que se pidiera informe al Banco Exterior de España, señalando su importancia, dado que la Sra. Julia había sostenido siempre que su relación con el Sr. Bruno había sido absolutamente gratuita.

⊙ El Banco Exterior de España informó de traspasos por importe de 6 millones de pesetas, en 5 de enero de 1995, y de 8 millones de pesetas en 30 de abril de 1995. Este último apunte, al parecer, procede de una imposición a plazo fijo por importe de 8 millones de pesetas ordenado en 1993 por don Bruno a nombre de doña Julia. Los intereses se habían de abonar en la cuenta corriente de este último «hasta que se produzca su fallecimiento». Con posteridad, se produjeron anticipos por importe de 5.600.000 pesetas, solicitados por doña Julia con la conformidad de don Bruno. En 30 de abril de 1995 se cancela la operación, que por error se abonó en la cuenta del Sr. Bruno, pero se subsana traspasando a la cuenta de doña Julia.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP Burgos dictó Sentencia el 18 de enero de 1999, revocando la de 1.ª Instancia, estimó las demandas y declaró la inexistencia por simulación absoluta de la compraventa y de la donación disimulada por ilicitud de la causa, ordenando el reintegro de los bienes trasmitidos al caudal relicto y la cancelación de las anotaciones e inscripciones causadas en el Registro de la propiedad.

⊙ Doña Julia interpuso recurso de casación que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia consideró la existencia de un contrato simulado relativamente, y valoró la existencia de «prolongados servicios desinteresados» por parte de la demandada. Descartó que el Sr. Bruno no se encontrara en pleno uso de sus facultades mentales, analizando la prueba practicada. No dio valor al precedente caso de nulidad de la venta del inmueble de Laredo, por cuanto la sentencia que la estimó se basaba en la condición de ganancial del bien, con falta de participación de los hijos (herederos de la esposa del Sr. Bruno, fallecida con anterioridad). A juicio del juzgador de instancia no había constancia de que se hubiera realizado la operación en fraude de los derechos de los legitimarios, pues el mismo día realizó testamento a favor de sus hijos (En dicho testamento legaba determinados bienes a sus hijos y les instituía herederos en el remanente). La Sentencia consideró, pues, que se trataba de un supuesto típico de donación remuneratoria a la que se refiere el artículo 619 CC realizada con el fin de recompensar al donatario por lo que ésta proporcionó al donante sin contrapartida, lo que no es un simple motivo, sino causa de la donación, como dice el artículo 1274 CC. Rechaza el juzgador que puede tratarse de anulabilidad conforme al artículo 637 CC, pues no puede saberse si traspasa el límite legal en base al cómputo de los bienes relictos, toda vez que la prueba pericial practicada al respecto no lo ha aclarado, resultando imprecisa e incompleta, por lo que no puede decretarse la inoficiosidad por exceder de los límites legales.

La Sala de la AP de Burgos, considera que hubo consentimiento, pero, en tema de causa, acude al tipo de donación remuneratoria en los artículos 619 y 622 del Código Civil. Señala que los servicios prestados fueron ya debidamente remunerados. Analiza las trasferencias producidas en las cuentas, indicando que las alegaciones formuladas por la parte demandada en el sentido de que fueron devueltas tales cantidades carecen de constancia documental, ni hay apunte bancario que lo acredite y, en cambio, el informe bancario permite deducir que las cantidades transferidas fueron abonadas a la demandada. Ello, a juicio de la Sala, invalida la afirmación de que la demandada «no percibió ni una sola peseta por los servicios prestados». La Sala entiende que el resultado perseguido por la escritura pública de 26 de abril de 1997 no era otro que perjudicar los derechos legitimarios de los actores y, consecuentemente, declara también inexistente la donación por ser ilícita la causa, invocando varias decisiones de esta Sala. Destaca las malas relaciones paterno-filiales y analiza los bienes del caudal relicto, que se integraba por los bienes objeto de donación encubierta. Aplica los preceptos de los artículos 634, 808, 1261.3.ª, 1275 del Código Civil, y declara la inexistencia de la compraventa documentada en la escritura de 26 de abril de 1997.

En el motivo del recurso de casación se denuncia la infracción del artículo 1281.2 en relación con el artículo 1282, ambos del Código Civil, en relación con la doctrina de esta Sala que destaca el recurrente. El motivo se dirige a combatir la afirmación de la sentencia recurrida sobre que el contrato de compraventa se hubiera otorgado con la finalidad exclusiva de defraudar los intereses de los legitimarios. A cuyo fin había que estar a la intención de las partes tal y como ha apreciado la Sentencia de 1.ª Instancia, y al hecho de que el mismo día de la compraventa realiza el padre de los actores testamento a favor de sus hijos.

La Sentencia recurrida obtiene esa conclusión (la de que la donación simulada se dirigía a defraudar los derechos de los legitimarios) de varios indicios, entre los cuales valora el testamento otorgado por el donante en favor de sus hijos, que para el juzgador de 1.ª Instancia era dato fundamental para concluir que no había ánimo fraudatorio, sino intención de recompensar los servicios. Así, la Sentencia destaca las malas relaciones paterno-filiales, el intento anterior de donar el apartamento de Laredo, lo que se justificaba también como remuneración, la escasa consistencia del caudal relicto después de la donación, entre otras. Pero de modo fundamental, el dato que viene a determinar la conclusión de que la intención fraudulenta se inserta como móvil de la donación es, precisamente, que no acaba de explicarse como remuneración de los servicios prestados, no porque éstos no existan, sino porque ya habían sido retribuidos de algún modo, resultando incierto, a juicio de la Sala de instancia, que no hubieran recibido anteriormente remuneración o retribución. Y hay que estar a la apreciación realizada por la Sala de instancia, que sólo sería revisable en Casación si se llegara con ella a un resultado ilógico o absurdo, como tantas veces ha dicho esta Sala.

En este punto, hay a que señalar que la idea de «remuneración» y de «causa remuneratoria», tal y como aparece en el Código Civil (artículos 619, 622, 862 y 1274 CC) no cambia el estado de cosas que resulta de la apreciación de la Sala de instancia. El artículo 1274 considera la remuneración o el ánimo de remunerar y como «causa» del contrato, junto con la contraprestación o promesa en los contratos onerosos y el «ánimo liberal del bienhechor» en los gratuitos. La donación remuneratoria se sitúa en la órbita de los gratuitos, pues cabe decir que si no

hay liberalidad (o ánimo liberal) hay forzosamente onerosidad, en consideración a que si el servicio o beneficio diera lugar a deuda exigible, no cabría hablar de remuneración, sino de contraprestación y de carácter oneroso (artículo 619 CC). Este precepto sólo permite estimar una posición especial de este tipo de donaciones cuando el *accipiens* no puede reclamar, bien por carecer de acción, bien por haberla renunciado (SSTS 21 enero 1993; 9 de marzo de 1995). Se trata ya de una remuneración, ya de un reconocimiento, como ocurre cuando los servicios no son susceptibles de evaluación o se traducen en un beneficio mucho más importante que el esfuerzo realizado por el prestador. Ahora bien; el artículo 622 del Código Civil sólo considera verdadera donación «la parte que excede del gravamen impuesto», frase de difícil comprensión que sólo puede entenderse en sentido figurado, como que es verdadera donación la parte de atribución que excede del valor del servicio prestado, y por ello sólo en esa parte cabe aplicar a una «donación remuneratoria» el régimen de colación, reunión ficticia, reducción, o la presunción de fraude, que preceptos como los artículos 1297.1.º y 643.2.º CC refieren a las donaciones, o acaso el sistema de revocación (lo que es discutido), etc.

En el caso que nos ocupa, largos años de servicios (ocho según la sentencia; trece, según la demandada) en que se prestan servicios de «secretaria, enfermera y ayudante» a una persona que «se encontraba paralítico en una silla de ruedas, precisando gran atención, como un gravísimo deterioro físico, aunque conservaba las facultades mentales» habían de determinar merecimientos que justificasen una remuneración. Y desde ese punto de vista, hay que aceptar que el móvil de compensar o remunerar tales servicios pudiera haber constituido una causa suficiente para la atribución, lo que sería más que probable en el supuesto de que no hubiera habido otras compensaciones (Sentencia de 1 de febrero de 2002, núm. 50, y las que allí se citan).

Pero obsérvese que, aun cuando, por hipótesis, el intento de remunerar justificara la operación realizada, encontraríamos obstáculos para su eficacia, que exige la apreciación de un valor de los servicios que permitiera, de acuerdo con el artículo 622, en relación con el artículo 636, ambos del Código Civil, determinar qué parte de la atribución ha de ser tratada como donación (y, por ejemplo, ser reducida por inoficiosidad) y qué otra parte ha de entenderse definitivamente atribuida. Pues por más remuneratoria que sea, en la parte en que no sea absorbida por el valor de los servicios prestados, sería inoficiosa en cuanto lesione la legítima (artículos 636, 654 a 656, 817, etc., del Código Civil.). La acción de reducción se ejercita por los actores con carácter subsidiario, aunque la Sala no la acoge puesto que estima la nulidad, por cuanto la sentencia obtiene consecuencias del hecho de que ya se han producido atribuciones que han de ser entendidas como «remuneratorias», por lo que el intento de remunerar servicios a través de los bienes que se intentan transmitir no parece explicar la verdadera causa de la transmisión que se intenta. Ello, añadido a la vinculación que el causante-donante establece con su propia sucesión, como subraya la sentencia recurrida, permite desconectar operación realizada del intento de remunerar los servicios recibidos.

No se obtiene, pues, del examen de los actos coetáneos o posteriores un criterio valorativo de lo convenido o de la intención de los contratantes que, llevando a resultados ilógicos o absurdos, permita corregir la estimación de la Sala y, por tanto, no se produce la infracción que se denuncia de los artículos 1281.2 y 1282 CC. Además de que se trata de un motivo que ha de ser formulado indicando con precisión qué actos pueden ser utilizados como demostración de la intención de los contratantes, y los que cita el recurrente carecen de un significado preciso y directo, cuando no son susceptibles de utilizar como indicio de lo contrario. El motivo ha de decaer por las razones que han quedado indicadas.

CUESTIONES PENALES

Condena al compañero sentimental por un delito del artículo 153 del CP, por un delito de detención ilegal, por un delito de lesiones, por un delito de quebrantamiento de condena y por cuatro faltas de lesiones, con base en la declaración de la víctima y las corroboraciones periféricas de los hechos declarados.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Román Puerta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ A principios del año 2000, Angelina y Pedro Miguel iniciaron una relación afectiva, conviviendo juntos en la localidad de Roquetes, donde adquirieron una vivienda. Pedro Miguel, desempeñaba esporádicos trabajos relacionados con su profesión de cámara cinematográfico y de diseñador de páginas web. Angelina percibía una pensión por incapacidad física de alrededor de 850 euros al mes.

⊙ La relación de convivencia se tornó particularmente problemática, produciéndose diversos episodios de violencia en los que Pedro Miguel agredió a Angelina. Ésta presentó varias denuncias en fechas 30 de junio, 11 de noviembre y 25 de noviembre de 2001, si bien, con posterioridad, manifestó ante los respectivos juzgados su voluntad de retirarlas, no compareciendo a uno de los juicios orales por falta que se convocaron. En el año 2001, se incoaron por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tortosa, diligencias previas por un presunto delito de denuncia falsa en las que fue citada, en condición de imputada, la Sra. Angelina. No consta en la causa el estado procesal de dichas diligencias.

⊙ Entre los días 20 y 22 de noviembre de 2002 y en el domicilio familiar, hubo una fuerte discusión entre Pedro Miguel y Angelina, produciéndole de forma reiterada importantes lesiones el primero a Angelina e impidiéndola salir del domicilio. A consecuencia de las lesiones sufridas estuvo 73 días incapacitada para sus actividades habituales.

⊙ La Sra. Angelina interpuso la correspondiente denuncia ante el Juzgado de Instrucción. A consecuencia de la incoación del procedimiento investigador se dictó auto de protección de la víctima, con fecha 23 de noviembre de 2002, por el que se ordenaba la prohibición de acercamiento del Sr. Pedro Miguel a la Sra. Angelina a una distancia mínima de cincuenta metros y a que abandonara el domicilio familiar. No obstante, días después, cuando Angelina se encontraba en el interior de un establecimiento comercial de la localidad de Roquetes, Pedro Miguel pasó varias veces por delante del escaparate realizando gestos, cuya concreta naturaleza o finalidad no ha quedado acreditada. Asimismo, realizó una llamada telefónica a la Sra. Angelina en la que le manifestaba que *era su lobito feroz*.

⊙ Angelina puso de relieve tales circunstancias ante el juzgado instructor, lo que motivó que con fecha 28 de noviembre se dictara otro auto de protección por el que junto a la orden de alejamiento se ampliaban las medidas, a la prohibición de toda comunicación verbal o escrita.

⊙ El día nueve de diciembre la Sra. Angelina compareció ante el Juzgado Instructor, solicitando que se levantaran las medidas cautelares ordenadas contra Pedro Miguel, en particular las relativas a las órdenes de alejamiento y prohibición de comunicación, aduciendo una voluntad común de reconciliación y la confianza en que Pedro Miguel no volvería a agredirla. La jueza de instancia,

atendidas las razones expuestas, ordenó el levantamiento de las medidas cautelares el mismo día que se produjo la comparecencia.

⊙ El dieciséis de diciembre de 2002, la Sra. Angelina acudió a la consulta médica en el centro de salud de la localidad de Roquetes, para el seguimiento de las lesiones sufridas. Momentos después, se personó el inculpado Sr. Pedro Miguel, quien de manera conminatoria exigió a la Sra. Angelina que le acompañara al domicilio, a lo que ésta se negó, procediendo Pedro Miguel a cogerle con fuerza del brazo para intentar sacarla hacia la calle. Ante la presencia de personal administrativo del centro, que acudió a los gritos de la Sra. Angelina, Pedro Miguel cejó en su intento, marchándose a continuación. A consecuencia de dicho episodio, la Sra. Angelina sufrió un estiramiento del brazo izquierdo para cuya curación requirió una primera asistencia facultativa.

⊙ La Sra. Angelina denunció tales hechos, lo que motivó que por el Juzgado de Instrucción se ordenara la detención del Sr. Pedro Miguel y su posterior ingreso en prisión; además, por auto de diecisiete de diciembre de 2002, se ordenó la constitución de nuevas medidas protectoras que incluían el alejamiento, la prohibición de aproximación a menos de cien metros y la comunicación ya sea de palabra, telefónicamente, por correo ordinario o electrónico o por cualquier mecanismo o, indirectamente a través de terceras personas.

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tortosa instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 103/2002, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona, que con fecha dos de enero de 2004, dictó sentencia por la que condenó al acusado Pedro Miguel, a diversas penas de prisión y de multa, como autor de los delitos de violencia doméstica, detención ilegal, lesiones y quebrantamiento de condena, así como de cuatro faltas de lesiones, por la conducta mantenida, especialmente durante el año 1992, hacia su compañera Angelina, y, en concreto, por varios relevantes comportamientos singulares.

⊙ Pedro Miguel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo de este recurso, por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con invocación del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia infracción del artículo 24.2.º de la Constitución, «al haberse vulnerado, por el Tribunal sentenciador del derecho a la presunción de inocencia, entendida esta presunción como pretexto sustantivo de obligada observancia en aplicación de la ley penal».

1. Comienza diciendo la parte recurrente que «en ningún momento don Pedro Miguel admitió haber cometido los hechos delictivos que se le imputan», «por lo que no puede ser condenado un inocente, en base única y exclusivamente a las manifestaciones de la supuesta víctima, su compañera sentimental doña Angelina (...), única prueba en la que se fundamenta la Sala *a quo* ...», que, además, prestó declaración como testigo en el juicio oral «mediante vídeo conferencia».

La presunta víctima –durante el año 2001– formuló varias denuncias contra el Sr. Pedro Miguel, que luego retiró, dando lugar a la incoación de unas Diligencias Previas «por presunto delito de denuncia falsa». «Es sorprendente –se dice– que con este antecedente (...), la Sala sentenciadora haya tomado como dogma de fe sus imputaciones, cuando posteriormente, en el punto 7, se recoja que dicha señora sufre una grave enfermedad física, del lupus erimatoso de origen autoinmune, por lo que las situaciones de estrés constituyen un factor de agudización de la enfermedad, adicionándose posteriormente que, «además la Sra. Angelina sufre un trastorno adaptativo de la personalidad».

Tras estas consideraciones previas de carácter general, la parte recurrente examina detalladamente las diversas incidencias reflejadas en el *factum* de la resolución combatida (denuncias, perdón, autos de medidas, agresiones, lesiones, gran enfrenta-

miento en las relaciones de la Sra. Angelina y el Sr. Pedro Miguel), pronunciándose, finalmente, sobre la credibilidad del testimonio de la presunta víctima.

2. El Tribunal de instancia, por su parte, examina con detalle y profundidad, bajo el título «justificación probatoria», las diversas pruebas practicadas, afirmando que «el cuadro probatorio se presenta, por un lado, rico en cuanto a los medios de prueba que lo integran y, por otro, complejo, lo que se traduce en una singular dificultad de valoración».

Tras esta afirmación preliminar, menciona los distintos medios de prueba de los que ha dispuesto el Tribunal: las declaraciones del inculpado y el testimonio de Pilar (medios de prueba primarios), la testifical a instancia de la acusación, doña Raquel y Sra. Frida, y de la defensa, Sres. Pedro Miguel y Sr. Luis Manuel, las respectivas pruebas periciales forenses practicadas por las Sras. Carmen y Soledad; y la prueba documental relativa a los informes asistenciales de la Sra. Angelina, a los diferentes autos de alejamiento ordenados por el Juzgado Instructor, a los documentos privados aportados por la defensa al inicio de las sesiones del juicio oral y a los informes procedentes del Centro Penitenciario donde el Sr. Pedro Miguel se halla ingresado en virtud de la medida cautelar en su momento ordenada (todos ellos medios de prueba secundarios); destacando, lógicamente, la «evidente transcendencia probatoria del testimonio de la Sra. Angelina, que se convierte en el elemento nuclear del cuadro probatorio», respecto del cual dice que ha de someterse «a un doble test de credibilidad objetiva y de verosimilitud subjetiva, cuyos concretos items pasan por la identificación de las circunstancias psicofísicas del testigo; del contexto psico-socio-cultural en el que se desenvuelve; de las relaciones que le vinculaban con el inculpado; del grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; de la existencia con corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; de la persistencia en la voluntad incriminatoria; de la constancia en la narración de los hechos y de la correlativa ausencia de modificaciones o alteraciones en lo que se describe; de la concreción o de la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo atendiendo a las circunstancias concretas; de la coherencia interna y externa del relato, en particular su compatibilidad «fenomenológica» con otros hechos o circunstancias espacio-temporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba» (v. Justificación probatoria núms. 1 a 4).

Con estas consideraciones de carácter general, el Tribunal de instancia se adentra en un examen riguroso de todas las circunstancias que considera relevantes para la valoración de las pruebas practicadas. Así, reconoce el contexto de grave enfrentamiento entre el acusado y la denunciante, sin poder excluir «un profundo desencuentro y animadversión» entre ambos, pero llega a la conclusión de que, ello no obstante, «dicho contexto no sirve por sí para prescindir del testimonio» de la mujer, del que destaca «la existencia de constancia incriminatoria», dado que «el contenido de lo declarado se mantiene nuclearmente conforme», y su testimonio en el plenario «se presenta rico y preciso en cuanto a los detalles de producción tanto de los hechos que transcurrieron entre los días 20 a 22 de noviembre, como respecto a los anteriores episodios de violencia durante el transcurso de la relación ...».

Se refiere también el Tribunal a «la persistencia de la voluntad incriminatoria», con alusión a la posterior retirada de sus denuncias, que ponen de relieve su «inestabilidad», pero destaca seguidamente que «la impersistencia no se proyecta sobre el objeto narrado sino sobre la voluntad de persecución de los hechos denunciados», afirmando que «el déficit de persistencia debe ponerse en relación con el contexto psicosocial en el que se producen los hechos justiciables».

«El trastorno adaptativo mixto que sufre la Sra. Angelina –dice el Tribunal–, le hace especialmente vulnerable a la presión psicológica». «Pero si los elementos de coherencia y precisión en el testimonio de la víctima no se debilitan por los rasgos de impersistencia, el valor incriminatorio adquiere un decisivo impulso si atendemos a la prueba periférica indirecta», con especial referencia al dictamen pericial médico-forense.

La mera lectura del recurso pone de manifiesto que, reconocida la existencia de prueba de cargo –especialmente el testimonio de la víctima–, todo el hilo argumental del motivo de casación examinado se dirige a privar a dicho testimonio de todo valor incriminatorio, por falta de credibilidad, habida cuenta de las circunstancias de todo orden –subjetivas y objetivas– concurrentes en el caso. En definitiva, la argumentación del motivo discurre por el cauce de la valoración de las pruebas que, como es notorio, constituye un campo reservado exclusivamente al Tribunal sentenciador (v. artículo 117.3 CE y artículo 741 LECrim.), y respecto del cual el control casacional ha de limitarse, también exclusivamente, a examinar las siguientes cuestiones: a) la existencia de prueba; b) la licitud y suficiencia de la misma, y c) la racionalidad de su valoración.

En el presente caso, es incuestionable la existencia de prueba de cargo (el testimonio de la víctima, el de los testigos propuestos por la acusación, las pruebas periciales, y la documental aportada a la causa). También lo es su licitud, por la forma en

que se ha practicado, con pleno respeto de todas las garantías legales y constitucionales, así como su suficiencia para poder enervar el derecho a la presunción de inocencia. El hecho de que la víctima haya prestado su testimonio mediante vídeo-conferencia, por decisión del propio Tribunal, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, no ha privado a este medio de prueba del pleno respeto de los principios básicos del proceso penal de inmediación y de contradicción. Finalmente, en cuanto se refiere a la racionalidad de su valoración, hemos de reconocer que el Tribunal de instancia ha hecho en su sentencia un profundo examen de todos los medios probatorios de que ha dispuesto, así como de las circunstancias concurrentes en ellos, y ha procedido a una valoración conjunta, relacionándolos entre sí, en forma que sus razonamientos son respetuosos con las reglas del criterio humano y con las enseñanzas de la experiencia común, de tal modo que no es posible apreciar en su discurso ningún tipo de arbitrariedad (v. artículo 9.3 CE).

Si ha existido prueba de cargo, regularmente obtenida y con entidad suficiente para poder enervar el derecho a la presunción de inocencia del acusado, ya que junto al testimonio de la víctima, el Tribunal ha constatado la existencia de una serie importante de corroboraciones periféricas, es preciso concluir que no es posible apreciar la vulneración constitucional denunciada por la parte recurrente. Consiguientemente, procede la desestimación del motivo examinado.

CUESTIONES PENALES

Absolución del delito de estafa inmobiliaria por el que venía acusado el ex esposo, que tras la sentencia de divorcio, y teniendo atribuido judicialmente el uso de la vivienda familiar hasta que se liquidase la sociedad de gananciales, la transmitió a un tercero. Es necesario hacer constar que, por haberla comprado el esposo en estado de soltero y abonada en parte constante el matrimonio, pertenecía en *pro indiviso* a aquél y a la sociedad de gananciales.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Martín Pallín

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Alonso contrajo matrimonio con doña Dolores el día 4 de mayo de 1996, fijando el domicilio conyugal en la vivienda sita en ... de Valencia. Esta vivienda había sido adquirida por don Alonso en estado de soltero, otorgándose escritura pública de compra el día 14 de noviembre de 1994, por precio 9.427.500 pesetas, de las cuales 6.079.000 pesetas, procedían de un préstamo hipotecario constituido por la vendedora «Construcciones L., SL», en el que se subrogaba el comprador que debía pagar la cantidad mensual de 43.688 pesetas, y otras 949.482 pesetas quedaban aplazadas para ser satisfechas mediante el pago de una letra de cambio aceptada por el comprador y con vencimiento del 14 de mayo de 1995, que, renovada, se pagó el 13 de mayo de 1996, constante matrimonio y aportando doña Dolores 100.000 pesetas para su pago.

⊙ Los cónyuges se separaron, a instancias de don Alonso que presentó la demanda, por sentencia dictada en el Procedimiento 1232/1998 el día 12 de julio de 1999 por el Juzgado de 1.ª Instancia 9 de Valencia, que atribuyó a la esposa el uso del domicilio conyugal, por plazo de un año, quedando luego vinculada a las normas de la propiedad, extremo que fue dejado sin efecto por Sentencia de 19 de junio de 2000, dictada en apelación por la Sec. 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que otorgó el uso de la vivienda al esposo si bien estableciendo que el uso de la vivienda lo era hasta que se proceda a la liquidación de gananciales con su esposa, tomando nota de esa limitación del uso el Sr. Registrador, existiendo una anotación en el Registro de la Propiedad que así lo indicaba.

- Don Alonso interpuso demanda de divorcio, recayendo Sentencia el día 9 de mayo de 2001, que ratificó las medidas establecidas en la de separación y quedando pendiente la liquidación de gananciales.

- Siendo el vencimiento del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda el día 14 de noviembre de 2009, no obstante ello, fue cancelado por pago el 14 de marzo de 2001, según escritura de ese día otorgada ante el Notario José Antonio Otegui Tellería y ese mismo día don Alonso la vendió a terceros en escritura otorgada ante el mismo Sr. Notario, manifestando que no constituía hogar conyugal.

- En el juicio de separación don Alonso presentó, entre otros documentos, un reconocimiento de deuda por importe de 175.000 pesetas por el que reconocía a sus padres don Alonso y doña María Luisa, esa deuda, estando firmado por todos ellos y fechado el 13 de mayo de 1996, cuando en ese día don Alonso estaba en Cuba en viaje de novios. Y presentó para acreditar otra deuda con sus padres un traspaso de 2.000.000 de pesetas a una cuenta vivienda, siquiera que la cuenta de origen era de sus padres y la beneficiaria también.

- El día 5 de enero de 2000 se presentó por la representación de Dolores demanda instando la liquidación de gananciales, en la que atribuía a la citada vivienda la condición de ganancial y reclamaba un porcentaje desde la fecha de matrimonio a la de la sentencia firme de separación, obrando en dicho proceso un escrito de la representación de don Alonso en el que se reconoce que se pagaron constante matrimonio y con cargo a los gananciales 470.603 pesetas del precio de la vivienda.

- El Juzgado de Instrucción núm. 9 de Valencia instruyó sumario contra don Alonso y otros, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia que, con fecha 27 de octubre de 2003, dictó sentencia absolviendo a los acusados de los delitos de falsedad, estafa y desobediencia que les acusa la acusación privada, a la que se le impone el pago de 2/3 partes de las costas causadas en este procedimiento, si bien condena a don Alonso en concepto de autor del delito de estafa inmobiliaria del número 1 del artículo 251 del Código Penal, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que le acusa la acusación particular, a la pena de un año de prisión y pago de una novena parte de las costas causadas en este procedimiento con inclusión de las causadas por la intervención de su acusador. Por vía de responsabilidad civil, Alonso, deberá indemnizar a la perjudicada Dolores en la cantidad de 3.000 euros por los perjuicios causados.

- Don Alonso interpuso recurso de tasación que fue estimado por el Tribunal Supremo que finalmente le absolvió del delito de estafa inmobiliaria.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La primera cuestión que, como es lógico, se plantea con carácter previo, es si el Tribunal Penal tenía competencia para decidir si la vivienda era o no bien ganancial.

La cuestión ha sido abordada correctamente por el Tribunal penal ya que como ha quedado expresado disponía de todos los elementos fácticos para resolver, a los solos efectos de la sanción penal, la naturaleza de la vivienda en el marco de los bienes matrimoniales, como pórtico necesario para calificar la conducta imputada al recurrente.

El manejo de las disposiciones civiles y la utilización de la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha sido impecable. Resaltamos, como más determinante de la solución adoptada, la incuestionable presunción de ganancialidad que perdura, como criterio, en la legislación civil.

En casos como el presente la Sentencia de 23 de marzo de 1992 establece que «cuando una parte del precio de la adquisición de lo que luego fue hogar familiar, siquiera que comprado por uno de los cónyuges en estado de soltero, ha sido pagado durante el matrimonio con dinero ganancial, ha de resolverse que el citado piso fue adquirido para vivienda familiar y como tal la han venido usando los esposos hasta la separación matrimonial, corres-

ponde proindiviso a la sociedad de gananciales (en copropiedad a su vez), en proporción la valor de sus aportaciones respectivas, conforme a lo preceptuado en el artículo 1354 en relación con el párrafo segundo del artículo 1357 ya citados, cuyas aportaciones habrán de ser determinadas en fase de ejecución de sentencia».

Es cierto que esta doctrina, reiteradamente mantenida por la jurisprudencia, se está refiriendo, casi siempre a casos de compra de la vivienda familiar en estado de soltero pero en vísperas de contraer matrimonio. Termina afirmando que la vivienda constituyó el domicilio conyugal de los esposos y correspondía pro indiviso a la sociedad.

A partir de estos antecedentes debemos entrar en el fondo de las cuestiones suscitadas.

Con carácter previo trataremos del motivo por error de hecho ya que si se modifican los establecidos en el relato fáctico pudiera alterarse la calificación jurídica de los mismos.

1.º El documento citado con base de la alegación consiste en la nota marginal que consta en el Registro de la Propiedad en la que se hace constar que «El uso y disfrute de esta vivienda como vivienda habitual ha sido atribuido a don Alonso, hasta que se proceda a la liquidación de gananciales con su esposa doña Dolores y a resultas de lo que de ella se derive. Así resulta del testimonio de la sentencia núm. 529 de 2000 dictada el 19 de junio de 2000, por la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en grado de Apelación de los Autos de separación núm. 1232/98 seguidos por el Juzgado de 1.ª Instancia número 9 de Valencia expedido por el Secretario de la Sección Séptima y que fue presentado a las 12,02 el día 4 de los corrientes, según asiento 213 del Diario 32».

2.º El recurrente realiza una lectura de la nota marginal y la compara con el hecho probado tratando de matizarla cuando, en realidad, se trata no de un error fáctico sino de un problema de interpretación de la cláusula que se hace constar en la nota marginal que no hace sino recoger parte de las disposiciones de la sentencia dictada en Apelación.

El debate es absolutamente innecesario porque lo esencial radica en que el acusado no tenía restricción alguna para realizar su venta, lo que también se reconoce en la sentencia, si bien considera que el hecho de tener que estar a las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales constituía una carga o gravamen que le ha servido para considerar la venta como constitutiva de un delito de estafa inmobiliaria, es decir vender un inmueble como libre sabiendo que estaba gravado (artículo 251.1 del Código Penal).

Para ello no es necesario modificar el hecho probado sino interpretar el alcance de la cláusula tan discutida. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Dada la imprecisión de la sentencia en orden a la utilización del artículo 251.1 y del artículo 251.2 del Código Penal, analizaremos conjuntamente ambas cuestiones en relación con el hecho probado tal como se recoge en la sentencia:

1.º La sentencia, después de descartar las diversas hipótesis esgrimidas por la parte acusadora, centra su reproche en la aplicación de la modalidad específica de estafa recogida en el artículo 251.1 del Código Penal. Razona diciendo que esta modalidad de estafa exige la existencia de la enajenación de un bien mueble o inmueble, que esta enajenación la realice el titular del bien y que sobre la misma exista un gravamen o carga real que desmienta su condición de libre. Concurriendo estos presupuestos se da el engaño típico de la estafa. Advierte que la acusadora, su ex cónyuge, mantenía una reivindicación parcial en cuanto que se da como probado que existía un pago parcial del precio del piso por parte de la misma. Aplicando la doctrina jurisprudencial más extensiva del concepto de gravamen estima que la expresión «cualquier carga» no se limita a las reales sino a cualquier anotación, prohibición de enajenar o las garantías personales.

2.º A continuación entra en contradicción argumental y añade que «vendido el mismo y no ingresado su importe en la cuenta de la liquidación y apropiándose el importe de la venta el acusado, se extrae el ánimo de lucro y el perjuicio causado, insistiendo que con ello se perfila el tipo del artículo 251.1 del Código Penal. En la parte dispositiva le condenan como autor de un delito de estafa inmobiliaria del mencionado artículo. Es decir en ningún momento se ha manejado la hipótesis de incluir los hechos en el artículo 251.2 del Código Penal.

3.º En realidad se está describiendo un delito de apropiación indebida en cuanto que la cantidad obtenida por la venta del piso debió ser ingresada o contabilizada en la masa de gananciales, con objeto de proceder a su liquidación, es claro que esta conducta nunca podrá integrar un delito de estafa inmobiliaria ya que no concurren los elementos del tipo y sí podría haberse derivado hacia un delito de apropiación indebida o en su caso de alzamiento de bienes pero nunca como estafa.

4.º Si no queremos ser incongruentes con los fundamentos de derecho y la parte dispositiva, debemos centrar nuestro examen en comprobar, si se dan los elementos constitutivos del tipo del artículo 251.1 del Código Penal. El elemento normativo del tipo exige que el autor del hecho se atri-

buya falsamente una facultad de disposición sobre una cosa mueble o inmueble de la que se carece. En este caso el hecho probado entra en contradicción con este elemento insustituible del tipo ya que se afirma tajantemente y así se recuerda en los fundamentos de derechos, que nunca se le restringió la facultad de disponer o vender el piso, sino que se le advirtió que si las cantidades obtenidas con su venta estarían a resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales. Dicho de otra manera la acusadora tenía un crédito, expectativa o derecho sobre la parte proporcional del precio que correspondía al porcentaje que se le había reconocido en la copropiedad de la vivienda. Los jueces concedieron al marido acusado no sólo el uso sino la facultad de vender por lo que sería incongruente acusarle de haberse atribuido una facultad de disposición que no tenía. En consecuencia no es posible integrar los hechos en el artículo 251.1 del Código Penal único que ha manejado la Sala sentenciadora.

5.º Derivar la calificación hacia el artículo 251.2 del Código Penal seria vulnerar el principio acusatorio ya que no es posible establecer una homogeneidad entre los mismos ya que ambos apartados parten de planteamientos y exigencias absolutamente antitéticas. En el número primero el engaño consiste en atribuirse falsamente la capacidad de disposición y en el segundo se supone y reconoce esa capacidad de disposición si bien el engaño radica en ocultar al comprador, nunca a los copropietarios, la existencia de cualquier carga sobre la misma. El comprador realizó un contrato perfectamente válido y el perjuicio causado a la querellante por no haber recibido en la liquidación su parte, sólo se podría valorar penalmente desde la perspectiva de la apropiación indebida o del alzamiento de bienes. Admitimos que este supuesto es un poco más forzado ya que el inmueble no era enteramente del acusado, pero sí se había burlado el crédito que tenía la acusadora sobre la masa ganancial que debió ser integrada por el importe de la cantidad recibida como precio de la vivienda y pagada por entero. Por otro lado la sentencia admite o por lo menos no dice que el comprador estuviera al tanto de la situación, por lo que no sería consecuente anular ésta y privarle de un bien lícitamente adquirido.

En consecuencia no encontramos ninguno de los elementos constitutivos del delito de estafa por el que ha sido condenado. Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

CUESTIONES PENALES

Absolución de un delito de alzamiento de bienes en relación con el impago de la pensión alimenticia ya que cuando el acusado llevó a cabo los actos dispositivos, enajenando a terceros los bienes que integraban su patrimonio, no era aún deudor de cantidad alguna y tuvieron que transcurrir más de dos años, desde entonces, para que lo fuera respecto de la ex esposa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Maza Martín

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Pedro Francisco contrajo en su día matrimonio con doña María Cristina, vínculo que quedó disuelto en virtud de la Sentencia de divorcio de 7 de marzo de 1990, dictada en autos núm. 99/1990 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Zaragoza. En la indicada resolución se estableció que don Pedro Francisco satisfaría la cantidad de 40.000 pesetas mensuales como pensión de alimentos a su hijo menor Juan Francisco.

- Pedro Francisco, pese a su matrimonio con doña María Cristina, venía, desde tiempo anterior a la disolución del mismo sosteniendo una continuada relación sentimental de hecho con la ahora querellante doña María Dolores, de la que nació el 8 abril de 1983 una, Dolores.

- El 1 junio de 1990 don Pedro Francisco y doña María Dolores contrajeron matrimonio.

⊙ El día 24 de mayo de 1995 ambos cónyuges constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada «Consultorio Médico Quirúrgico García Paredes» cuya sede estaba ubicada en ..., de la que se nombró administradora única a la esposa.

⊙ El 11 de septiembre de 1998, habiendo surgido desavenencias en el matrimonio de don Pedro Francisco y doña María Dolores se interpuso por el primero demanda de separación conyugal contenciosa que se tramitó como autos número 964/1998 en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Zaragoza.

⊙ El día 13 de abril de 1999 recayó sentencia acordando la separación de los cónyuges y, entre otras medidas, el pago de sendas pensiones de 50.000 pesetas como pensión por alimentos y 50.000 pesetas al mes como pensión por desequilibrio económico, en total 100.000 pesetas, excepto en el período de tiempo que durase la sanción disciplinaria de suspensión para el ejercicio de su profesión por un año y un día, en que se reducían a 15.000 pesetas ambas pensiones.

⊙ La Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia de 8 de octubre de 1999 confirmó dicha resolución, a excepción del extremo que suprimió, de la reducción a 15.000 pesetas de ambas pensiones mientras durase la sanción disciplinaria que se impuso a Pedro Francisco.

⊙ El día 9 julio de 1998 el acusado don Pedro Francisco constituyó en ... una sociedad limitada denominada «Consultorio Médico Paseo de las Damas núm. 7» con el hijo de su primer matrimonio Juan Francisco, siendo administrador único el acusado.

⊙ El día 14 de julio de 1998 y en los autos de divorcio núm. 99/1990 la acusada doña María Cristina, primera esposa de Pedro Francisco, actuando por medio de su representación procesal, solicitó la ejecución de las medidas económicas de la sentencia firme de divorcio, reclamando las cantidades debidas como atrasos, ejercitando su derecho, por importe de 1.920.000 pesetas por impago de pensiones durante 24 meses, desde julio de 1996, a razón de 40.000 pesetas mensuales como alimentos para el hijo menor y 40.000 pesetas en concepto de pensión compensatoria. La parte ejecutante designó los bienes a embargar: una bodega y una plaza de aparcamiento en la Calle Tenor Fleta de Zaragoza, bienes que efectivamente fueron trabados.

⊙ Doña María Dolores compareció en el procedimiento de ejecución mediante un escrito de 16 de marzo de 1999, poniendo de manifiesto que las fincas embargadas eran propiedad común del matrimonio don Pedro Francisco-doña María Dolores interesando que se dejara sin efecto el embargo sobre dichos bienes que formaban parte de su sociedad conyugal y que se actuara sobre bienes de la exclusiva propiedad o privativos del ejecutado.

⊙ Esta petición fue desestimada por Auto de 16 de abril de 1999 del Juzgado en el que se decretó no haber lugar a anular la diligencia de embargo, siendo confirmada dicha resolución por la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en Auto de 28 de julio de 2000, que desestimó el recurso de la aquí querellante, confirmando el Auto de 16 de abril de 1999, y por tanto, el embargo trabado a instancia de doña María Cristina.

⊙ Por escritura pública de 7 de octubre de 1998, subsanada el 28 de octubre del mismo año, Pedro Francisco, que había adquirido la mitad indivisa del piso entresuelo derecha sito en ..., constante matrimonio con doña María Dolores, correspondiéndole la mitad indivisa de la finca con carácter privativo y la restante mitad indivisa para su sociedad de consorciales con su entonces esposa, vendió la nuda propiedad de su mitad indivisa a la que fue su primera esposa doña María Cristina con reserva del usufructo vitalicio sobre la misma a favor de Pedro Francisco, haciéndose constar que la restante mitad indivisa de la finca pertenecía a don Pedro Francisco y doña María Dolores para su sociedad de consorciales.

⊙ El precio fue de 6.000.000 de pesetas que se confesaron recibidas en la escritura pública que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 10 de noviembre de 1998.

⊙ Con fecha 21 de octubre de 1998, el acusado don Pedro Francisco y la hija de su primer matrimonio Remedios, también acusado, otorgaron escritura pública de compraventa por la que Remedios compró a su padre la nuda propiedad de un piso sito en la AVENIDA000 núm. NÚM000 -NÚM001, y que pertenecía con anterioridad en plena propiedad a don Pedro Francisco por habérselo adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal con su primera esposa.

⊙ El precio confesado como recibido fue de 3 millones de pesetas, reservándose el acusado don Pedro Francisco el usufructo sobre el referido inmueble. La escritura pública se inscribió en el Registro de la Propiedad el 11 de diciembre de 1998.

⊙ Con fecha 28 de octubre de 1998, don Pedro Francisco y Remedios otorgaron escritura pública por la que el primero vendía a su hija la nuda propiedad de una plaza de garaje núm. 231 de la planta semisótano del inmueble ubicado en ... por precio de 500.000 pesetas confesadas recibidas, reservándose el vendedor el usufructo.

⊙ También el acusado don Pedro Francisco vendió un automóvil marca Mercedes modelo 280 F, matrícula D-...-ER con fecha 13 de noviembre de 1998 a la que había sido su primera esposa, la también acusada doña María Cristina, según consta en los archivos de la Jefatura Provincial de Tráfico de Zaragoza. La Sra. doña María Cristina no tiene permiso de conducir.

⊙ Por Auto de 21 de noviembre de 2000, de la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, resolviendo en recurso contra providencia del Juzgado de 1.ª Instancia se fijó que el acusado don Pedro Francisco debía abonar a doña María Dolores 700.000 pesetas en concepto de atrasos por pensiones no satisfechas íntegramente durante el tiempo que medió entre el Auto de medidas provisionales y la sentencia de separación, revocada parcialmente por la Audiencia Provincial.

⊙ Con base en dicho Auto se formuló demanda ejecutiva por doña María Dolores para el pago de dicha suma, lo que dio lugar al procedimiento de ejecución de títulos judiciales 2142/2001-D del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Zaragoza. Tras seguir el procedimiento sus trámites se solicitó por la ejecutante se travase embargo sobre la mitad indivisa del inmueble sito en PASEO000 núm. NÚM000, entresuelo derecha de Zaragoza propiedad del ejecutado, Pedro Francisco, anotándose en el Registro de la Propiedad dicho embargo.

⊙ Con fecha 4 de abril de 2001, doña María Dolores formuló demanda ejecutiva contra Pedro Francisco, por pensiones impagadas, solicitando se despachara ejecución por 300.000 pesetas más 150.000 para costas, designando como bien embargar la mitad indivisa o derechos que correspondan a don Pedro Francisco sobre la plaza de aparcamiento NÚM006 del sótano menos uno, integrante de la finca urbana sita en Zaragoza. Ello dio lugar al procesamiento de ejecución de títulos judiciales 2143/2001, del Juzgado de 1.ª Instancia (Familia) núm. 5, anotándose el referido embargo.

⊙ También se acordó en dicho procedimiento el embargo sobre la rentas que el demandado percibiese por alquilar el inmueble sito en PASEO000 núm. NÚM000 de Zaragoza.

⊙ Con fecha 15 de mayo de 2001 doña María Dolores interpuso querella criminal contra don Pedro Francisco por presunto delito de abandono de familia por impago de pensiones, reservándose no obstante las acciones civiles, habiendo formulado acusación el Ministerio Fiscal por dicho delito haciéndose constar en el escrito de calificación que el acusado satisfizo íntegramente las pensiones hasta junio de 2000, efectuó pagos parciales y fuera de plazo cuando era requerido por el Juzgado de Familia de junio a diciembre de 2000, a excepción del mes de noviembre que no pagó, así como tampoco todo el año 2001 y hasta el 28 de mayo de 2002, incumpliendo las prestaciones económicas impuestas en la Sentencia de separación.

- Con fecha 30 de mayo de 2003, en ejecutoria 313/02 del Juzgado de lo Penal núm. 1 se trabó embargo sobre el usufructo del piso sito en AVENIDA000 NÚM000 -NÚM001, NÚM005 y usufructo del piso en PASEO000 núm. NÚM000, principal derecha.

- Doña María Dolores ha solicitado la disolución del régimen económico matrimonial, acordándose mediante Auto de 30 de octubre de 2003 del Juzgado de Familia dictado en el procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales 1124/2003, practicar la formación de inventario de los bienes que componen la Comunidad matrimonial citándose a las partes a tal fin para el día 13 de noviembre de 2003.

- Doña María Dolores interpuso querella contra don Pedro Francisco y doña María Cristina, dictándose por la Audiencia Provincial de Zaragoza Sentencia el día 11 de noviembre de 2003 absolviendo libremente con todos los pronunciamientos favorables a don Pedro Francisco y doña María Cristina de los delitos de alzamiento de bienes y estafa y falsedad documental que le imputaba la acusación particular. Igualmente absolvía con todos los pronunciamientos favorables a Remedios de los delitos de alzamiento de bienes y falsedad documental que le imputaba la acusación particular, declarando de oficio las costas procesales, tanto de ésta como de los anteriores.

- Doña M.ª Dolores interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo del recurso es la infracción legal consistente en la indebida inaplicación del artículo 257 del Código Penal, que describe el delito de Alzamiento de bienes, a los hechos declarados como probados en la Sentencia dictada por el Tribunal de instancia.

El cauce casacional aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia inicialmente.

En este sentido, es clara la improcedencia de este motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión absolutoria, toda vez que en dicha narración, que no es cuestionada, se advierte que cuando el acusado llevó a cabo los actos dispositivos, enajenando a terceros los bienes que integraban su patrimonio, no era aún deudor de cantidad alguna y que tuvieron que transcurrir más de dos años, desde entonces, para que lo fuera respecto de la recurrente.

Ello hace que, por sospechosa que quiera apreciarse su conducta patrimonial, no resulte posible vincular fácilmente los actos de despatrimonialización llevados a cabo por él con una intencionalidad defraudatoria hacia su acreedora.

El hecho de que, en virtud de los acuerdos judiciales adoptados en relación con una separación matrimonial, se deriven ciertas obligaciones pecuniarias para uno de los cónyuges, no puede suponer que, a partir de ese momento, se prive al obligado de cualquier disponibilidad sobre sus bienes.

Incluso, si esas disposiciones acaecieran con una razonable proximidad cronológica al tiempo de producción del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, sí que se podría, quizá, inferir la concurrencia de la voluntad defraudatoria, pero cuando, como en este caso acontece, uno y otro momento se encuentran tan distantes en el tiempo, resulta lógico e inatacable el criterio absolutorio de los Jueces *a quibus* que, además, gozaron del privilegio de la inmediación en la percepción y valoración de las pruebas practicadas.

En definitiva, en esta clase de supuestos, el ordenamiento facilita además los mecanismos legales, dentro del orden civil, adecuados para instar el cumplimiento de lo obligado, sin necesidad del recurso a la aplicación del Derecho Penal, que conduciría a una verdadera y odiosa sobredimensión de éste, en clara contradicción con el proclamado principio de intervención mínima.

PATRIA POTESTAD

Procede privar al padre del ejercicio de la patria potestad, al haberse acreditado la existencia de una causa grave, ya que se le ha diagnosticado un problema de pedofilia exclusiva y limitada a incesto que entraña riesgo para los menores.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández

Que en fecha de 2 de noviembre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Móstoles, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Beltrán Marín en nombre y representación de Melisa contra Emilio debo declarar y declaro la separación de los citados cónyuges, decretándose las siguientes medidas.

La patria potestad sobre los hijos menores Leticia y Jesús Carlos quedará a nombre de ambos progenitores, pero será ejercida de forma exclusiva por Melisa. Emilio no podrá ver a los menores ni comunicar con ellos.

El único motivo de recurso que se articula frente a la sentencia de instancia, de fecha 2 de noviembre de 2004, afecta a la regulación que en la misma se realiza en orden al ejercicio de la patria potestad respecto de los dos hijos comunes del matrimonio conformado por los litigantes, que si bien queda a nombre de ambos progenitores, se establece su ejercicio de forma exclusiva por la madre, acordándose que el recurrente no podrá ver a los menores ni comunicar con ellos.

Ha de señalarse para una correcta solución del conflicto, como reiteradamente se viene sosteniendo por esta Audiencia (sentencia de 27 de octubre de 1992, entre otras muchas), que la patria potestad viene a configurarse en nuestro ordenamiento jurídico artículos 154 y siguientes del Código Civil, como un conglomerado de derechos y deberes de los padres respecto de la prole habida de su unión, en situación legal de dependencia, en aras precisamente de la función protectora y formativa que, por derecho natural, corresponde a quienes han asumido la decisión de procrear un hijo, y ello mientras éste no se encuentre en condiciones naturales y jurídicas de valerse por sí mismo, y tal importantísima función en orden al cuidado y formación del menor se confía, en situaciones normales de convivencia de los progenitores, a ambos conjuntamente (artículos 154 y 156), no tanto de cara a consagrar, en tal punto, principios de igualdad de derechos de los mismos, sino también, y fundamentalmente, con el fin de una mejor protección del preponderante interés del descendiente, en cuanto cualquier decisión de trascendencia para el mismo no podría ser adoptadas unilateral y caprichosamente por uno u otro de dichos ascendientes, debiendo, por el contrario, ser liberada, sopesada y resuelta por ambos conjuntamente y, en defecto de acuerdo, por el Juez (párrafo 2.º del artículo 156), lo que configura la trascendencia que el interés del hijo cobra para nuestro legislador, por encima inclusive de los de sus padres que deben subordinarse a aquél; en base a lo cual la privación de la patria potestad o de su ejercicio respecto a uno u otro de los procreadores ha de estar, incluso en situaciones de ruptura convivencial, basada en causas excepcionales, bien por impedir, de hecho, tal ejercicio, bien por afectar de forma grave al menor (artículo 170), en cuanto perjudique seriamente su formación integral, con incumplimientos de entidad de los deberes que se entrelazan con los derechos definidores de la función regulada en el contexto de preceptos indicado.

Por ello tal decisión judicial, de enorme trascendencia y gravedad, ha de limitarse a supuestos de índole excepcional, basados además no en meras sospechas o alegaciones afirmativas de una de las partes en contienda, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa, sin sombra de duda, del

perjuicio que para el hijo implica el que uno de sus padres siga ostentando, conjuntamente al otro, la referida potestad.

Conforme a tal doctrina, y atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, a la luz del material probatorio obrante en autos, una vez examinadas con detalle las actuaciones, no puede menos esta Sala que coincidir con el criterio de la Juzgadora *a quo*, siendo en todo correcta su decisión, como ajustada al ordenamiento jurídico, artículos 156, párrafo cuarto, y 170, ambos del Código Civil, así como 94 del mismo, tratándose de una resolución prudente y respetuosa con el *bonum filii*, en cuanto da prevalencia al superior interés de los hijos, en cuyo favor se actúa, visto el contenido del informe psico-social emitido a fecha 22 de junio de 2004, por perito aséptico e imparcial componente del equipo técnico adscrito al Juzgado de origen, que obra a los folios 187 a 191 de autos, a los que nos remitimos, y en lo sustancial damos aquí por reproducidos en aras a la brevedad, dictamen que es compatible y guarda perfecta correspondencia con los de fechas 27 de mayo de 2004 y 22 de marzo del mismo año (folios 63 a 102, y 174 a 183 de autos), y que concluye afirmando la existencia de un problema de pedofilia exclusiva y limitada a incesto, que le ha sido diagnosticada al recurrente, la que entraña riesgos para sus hijos, lo que justifica la confirmación íntegra de la sentencia disentida, con desestimación del recurso de apelación que nos ocupa, por concurrir una causa lo suficientemente grave como para determinarnos a mantener el ejercicio de la patria potestad por la madre en exclusiva, en el momento actual, y sin régimen de contactos ni visitas, al ser inviable un sistema normalizado, y por razón del perjuicio informado que a los menores ocasionaría el permanentemente vigilado al que pudiera acudirse, por no permitir una evolución normal de las relaciones paterno. filiales, que de hecho, en potencia, generaría en los niños desajustes importantes, y existiendo una situación real de riesgo que determina como la opción más adecuada para Leticia y Jesús Carlos, así como la más segura, no fijar régimen de visitas con su progenitor masculino.

PATRIA POTESTAD

Si el padre que ostenta la guarda y custodia realiza disposiciones dinerarias de las cuentas de los hijos, sin aplicarlo además a necesidades de la familia, procede adoptar, al amparo de los artículos 154 CC y 164 CC medidas de aseguramiento y control de las labores de administración. No supone violación del derecho a la intimidad la obligación semestral de aportar los extractos de las cuentas bancarias de los hijos.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, AUTO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª de los Reyes Castresana García

Don Juan Antonio, quien ostenta la guarda y custodia de los dos hijos del matrimonio con doña Milagros, Lucas y César, sin perjuicio de la patria potestad compartida con la madre doña Milagros, por sentencia de separación que aprobó el Convenio Regulador de 3 de diciembre de 2001, ha interpuesto recurso de apelación contra la resolución que acuerda: 1.º Requerimiento al apelante Sr. Juan Antonio a fin de que se abstenga de realizar cualquier tipo de disposición de los bienes de los hijos comunes del matrimonio, incluidos las cuentas, libretas, fondos, etc., que sean titulares o cotitulares en las entidades bancarias de Caja Laboral y BBK, sin haber obtenido previamente el consentimiento de la Sra. Milagros, o, en su defecto, consentimiento judicial; 2.º Requerimiento al apelante Sr. Juan Antonio para que presente, con periodicidad semestral, los extractos de movimientos de las cuentas bancarias de las que sean titulares o cotitulares los hijos, y, 3.º Fijar que el saldo o dinero existente en la cuenta de la Caja Laboral Popular, donde se ha abonado el importe o liquidación procedente de las Letras del Tesoro, sea reinvertido en la adquisición o suscripción de nuevos títulos de deuda pública en forma de Letras de Tesoro, acordando la reinversión en el mismo producto financiero, salvo orden en contrario suscrita conjuntamente por ambos progenitores o acordada judicialmente.

Se confirma íntegramente las medidas de aseguramiento y control en las labores de administración de los bienes de los hijos comunes del matrimonio

de los litigantes, al amparo del artículo 154 en relación con el artículo 164 y demás concordantes del Código Civil.

Con relación a los requerimientos al Sr. Juan Antonio para no realizar actos de disposición de los bienes de los hijos comunes del matrimonio, con presentación semestral de los extractos bancarios de las cuentas que sean titulares o cotitulares sus hijos, la parte apelante denuncia infracción del principio de reprocidad, al no ser adoptada dicha medida de aseguramiento a la Sra. Milagros, y vulneración del derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar.

Alegaciones que merecen el rechazo de este Tribunal, ya que olvida la parte apelante que, como el mismo reconoce, dichas medidas de aseguramiento y control en la administración de los bienes de los menores son derivadas única y exclusivamente del propio comportamiento del Sr. Juan Antonio, que realizó disposiciones dinerarias de las cuentas bancarias de sus hijos, aunque intente justificarlo, lo que no consigue, diciendo que «tomó prestado el dinero, previo conocimiento y consentimiento de los menores», que tenían 11 y 9 años de edad, y además sin que se aplicase a una necesidad puntual de la familia.

Dichas medidas de aseguramiento y control en la administración tienen el amparo legal previsto en el artículo 167 del Código Civil, al disponer que cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio el hijo, el Juez podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador. Ninguna vulneración al derecho de intimidad se causa al ejecutante en la aportación, por dos veces al año, de las cuentas bancarias a nombre de sus dos hijos, las cuales se han identificado y constan en las presentes actuaciones, sino que, por el contrario, están plenamente justificadas en el ámbito de protección de menores.

Por último, denuncia la parte apelante, sobre la medida de reinversión en la adquisición de nuevos títulos de deuda pública, con el producto obtenido de la liquidación de las Letras del Tesoro, que no es lo más beneficioso para los menores, atendiendo a la finalidad que motivó a realizar estas aportaciones, que era cubrir los gastos extraordinarios que acontecieran en el futuro, lo que está ocurriendo por lo que estima más beneficioso la reinversión parcial y dejando un capital para costear los eventuales pero previsibles gastos extras.

Tampoco prosperar dichas alegaciones en cuanto no está ni acreditada en la realidad y devengo de gastos extraordinarios de los menores, máxime cuando en el Convenio Regulador de la Separación se contempla en su Cláusula Tercera el pago por mitad de gastos extraordinarios.

PATRIA POTESTAD

Procede el archivo de la ejecución instada en reclamación del cumplimiento del ejercicio de la patria potestad compartida: se ha cumplido el requerimiento al acreditar la madre haber informado al padre, remitiéndole burofaxes comunicándole cambio de domicilio, citas médicas, razón de ellas y cambio de colegio. No está obligada la madre a dar información de todos los pormenores de la vida de los hijos, pues la sentencia no la condena a ello.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

Que en fecha 1 de diciembre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Majadahonda, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se tiene por terminado el presente procedimiento de ejecución seguido a instancia del Procurador don/doña Esther Centoira Parrondo en nombre y representación de Carlos Manuel que se archivará, previo desglose de los documentos aportados, dándose de baja en los libros correspondientes.

Se interpone en el presente caso recurso de apelación frente al auto de 1 de diciembre del pasado año, que ordenó el archivo de las actuaciones, por considerar que se había satisfecho al ejecutante, quien en su escrito generador del proceso de ejecución de la sentencia de separación de los litigantes, de 14 de enero de 2004, que atribuyó la guarda y custodia a la madre, con ejercicio conjunto de la patria potestad, interesó se requiriera a la progenitora femenina para que se abstuviera de cambiar

a la hija común de colegio, así como para que le facilitara determinada información, en los términos del suplico del escrito de demanda de ejecución, al que en aras de la brevedad nos remitimos y damos aquí por reproducido.

Por lo que respecta a las alegaciones referentes al cambio de centro escolar, deducidas como antecedentes, no procede ningún pronunciamiento, en cuanto no puede ser dicha materia objeto de recurso, toda vez que el auto de 7 de octubre de 2004, declaró no haber lugar a lo solicitado en relación al colegio, por entenderlo incluido en las funciones de guarda y custodia, correspondiente a la madre, auto que no fue recurrido por el ejecutante al amparo de lo dispuesto en el artículo 552.2 de la LEC, de donde no ha sido objeto del proceso.

En las restantes cuestiones, que afectan al conocimiento por parte del padre en relación con distintos aspectos referentes a guardería infantil del hijo menor de las partes y otros de carácter sanitario, acredita la progenitora femenina haber facilitado información al apelante, con la aportación de copias de los distintos burofaxes enviados para hacerle saber el cambio de domicilio, así como citas médicas, razón y circunstancias de las mismas, aportando el ejecutante otro de confirmación de centro escolar de matriculación de la hija Marina que le fue enviado por la madre, de donde en efecto, como se afirma en la fundamentación jurídica del auto recurrido, ha sido satisfecho el ejecutante, por más que la información que se le facilite no se extienda a todos los pormenores y detalles que pretende el apelante, y a los que no ha sido condenada la ejecutada en sentencia de separación, de donde procede la íntegra confirmación del auto recurrido, con desestimación del recurso.

GUARDA Y CUSTODIA

Procede modificar la guarda y custodia a favor del padre al haber manifestado el menor de forma evidente que éste es su deseo y que viene conviviendo con él desde la separación matrimonial. El Informe pericial psico-social practicado en la alzada como diligencia final también corrobora estos extremos. El resto de las medidas inherentes a la guarda y custodia, se relegan para el trámite de ejecución de sentencia.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

Que en fecha 24 de mayo de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Coslada (Madrid), se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Fallo: «Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Sra. Isabel Martín Antón en nombre y representación de don Jesús Carlos, contra doña Carmen sobre modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de separación conyugal núm. 393/03, dictada por este mismo Juzgado el 9 de febrero de 2004, imponiendo a la parte demandante las costas derivadas del presente instancia».

Se circunscribe el presente recurso de apelación a la pretensión de la recurrente a que se revoque la sentencia disentida en el sentido de serle atribuida la guarda y custodia del hijo así como los demás pedimentos inherentes a tal atribución.

Así examinada dicha petición y valorando en su conjunto el informe pericial psicosocial practicado en esta segunda instancia y acordado como diligencia final en que se constata de forma evidente el deseo del menor de convivir con su padre y convivencia de éste desde la separación matrimonial, y sin que de dicha convivencia paterna se desprenda ningún factor negativo para el menor que afecte a su integridad tanto física como moral, procede otorgar la guarda y custodia del menor al padre, respetando así los deseos del menor; consecuentemente con ello debe estimarse la petición principal de la demandante ahora apelante, procediendo en ejecución de sentencia, a la petición y medidas inherentes y que están en función a la guarda y custodia otorgada.

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Jesús Carlos, contra la sentencia dictada en fecha 24 de mayo de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Coslada (Madrid), en autos de modificación de medidas definitivas núm. 189/04; debemos revocar

y revocamos la mentada resolución, y, en su consecuencia estimando la demanda de modificación de medidas definitivas promovida debemos acordar atribuir la guarda y custodia del hijo del matrimonio a don Jesús Carlos, así mismo acordamos que las demás medidas que están en función a la guarda y custodia se instarán y se acordarán en ejecución de sentencia.

GUARDA Y CUSTODIA

Procede mantener la guarda y custodia a favor del padre a la vista del informe emitido por el Equipo Técnico y al haberse constatado el temor que la menor siente hacia la pareja sentimental de la madre. Respeto al criterio del Juez *a quo* que ha gozado de inmediación, cuando no se dan razones objetivas de que haya incurrido en ningún error.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 13 de octubre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 66 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Fallo: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora doña Estrella Moyano Cabrera en nombre y representación de doña Flor contra don Darío debo acordar y acuerdo la adopción de las siguientes medidas:

1. Se atribuye al padre la guarda y custodia de la hija menor, siendo compartida la patria potestad por ambos progenitores.

2. Se establece el siguiente régimen de visitas: la madre podrá disfrutar de la compañía de la menor los fines de semana alternos, sábado y domingo, desde las 11 a las 20 horas, sin pernocta.

El régimen de visitas se desarrollará en casa de la abuela materna, donde el padre entregará y recogerá a la menor.

Las visitas quedarán suspendidas durante el mes de julio, la primera mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa en años pares, y el mes de agosto y la segunda mitad de las referidas vacaciones en años impares.

El compañero sentimental de la madre no estará presente en el desarrollo de las visitas, pudiendo ser suspendidas las mismas si se diera dicha circunstancia.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la representación legal de la Sra. Flor, con respecto al motivo relativo a la guarda y custodia de la hija, para una mejor comprensión de lo que después se dirá, conviene al caso recordar la doctrina jurisprudencial existente desde noviembre de 1992 que dice: «en la siempre ardua y delicada decisión encomendada al Juez de asignar la custodia del hijo a uno u otro progenitor, en caso de crisis de su unión, y reclamando ambos dicha trascendental función, se hace sumamente difícil, desde la perspectiva del recurso de apelación, discrepar por la Sala del criterio seguido por el Juzgador *a quo* en la resolución de tal cuestión mientras no sean ofrecidas razones objetivas y plenamente acreditadas y fundadas que evidencien el error cometido en la resolución de instancia o hagan aconsejable, en beneficio del menor, cambiar el sentido de tal resolución, adoptada tras haber gozado la Juzgadora de instancia del privilegiado principio de inmediación y practicarse una serie de pruebas, entre las que destaca el informe pericial emitido por el Equipo Técnico adscrito al Juzgado, que proporciona al Juez elementos precisos y preciosos para resolver». Pues bien, partiendo de lo que antecede, del estudio de las actuaciones y tras la valoración conjunta y objetiva de la prueba obrante en las mismas, cabe decir ya que procede desestimar este motivo, al considerarse correcta la decisión del órgano *a quo* en asignar la guarda y custodia de la hija llamada Sheila al padre, destacándose de lo actuado, como se dijo, el informe pericial psicosocial obrante a los folios 273 y siguientes, extenso e intenso de contenido en el que se concluye a favor de una guarda y custodia del padre y se destaca el temor de la hija a la pareja de su madre. Hoy por hoy el *bonum filii* no aconseja el cambio en la guarda y custodia ni se han ofrecido por la apelante razones objetivas o de peso específico tal como para operar el cambio en la guarda y custodia como pretende la madre.

GUARDA Y CUSTODIA

Procede otorgar la guarda y custodia del menor a la madre, atendiendo al acuerdo inicial de los progenitores cuando se produjo la separación de hecho, así como al informe que consta en autos, que en interés del menor, desaconseja un cambio de custodia. El padre no ha acreditado la inestabilidad sentimental, laboral y de domicilio que imputa a la madre.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Dolores Viñas Maestre

La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: «Fallo: Que estimando en parte la demanda interpuesta por doña Flor, representada por la Procuradora doña María Teresa Aznarez Domingo, contra don Humberto, representado por el Procurador don Antonio María De Anzizu Furest, se acuerda: 1.º) Se atribuye la guarda y custodia del menor Édgar a la madre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

El pronunciamiento de la sentencia que es objeto de apelación es el relativo a la guarda y custodia del hijo menor común Édgar que la sentencia ha atribuido a la madre. El accionado reitera en esta alzada su petición de guarda y custodia del menor alegando como motivo principal la inestabilidad de la madre en el terreno sentimental, laboral y de domicilio afirmando que la estabilidad del menor queda más garantizada con la custodia paterna. Tal afirmación carece del más absoluto soporte probatorio. La sentencia de instancia atribuye la guarda y custodia a la madre atendiendo a un acuerdo inicial de ambos progenitores cuando se produjo la ruptura de pareja, a la medida adoptada al respecto en el auto de medidas provisionales y al contenido del informe del SATAV. La conclusión a la que llega la Sala no puede ser distinta de la de la Juez de instancia. El informe del SATAV indica que el menor mantiene estrechos vínculos afectivos con ambos progenitores y pone de manifiesto la falta de entendimiento y comunicación entre los padres respecto a los aspectos básicos referentes a su hijo lo que afecta el bienestar emocional de Édgar, desaconsejando un cambio de guarda y custodia. Por tanto no puede mantenerse la afirmación del recurrente de que la estabilidad del padre garantizará la mayor estabilidad del menor. La única conclusión que puede extraerse del contenido del informe es que la estabilidad del menor exige un mayor entendimiento y comunicación por parte de los padres, pero en ningún caso puede afirmarse que la madre sea una persona inestable ni que la custodia materna resulte perjudicial para el menor. Procede en consecuencia mantener la medida adoptada en 1.ª Instancia desestimando el recurso de apelación».

GUARDA Y CUSTODIA

Procede otorgar al padre la guarda y custodia del menor al llevar viviendo con él durante un período prolongado de tiempo y un cambio de guarda podría conllevar una modificación en sus hábitos desaconsejable; además el padre cuenta con el apoyo de sus otras hijas de otra relación, mientras que de la madre ni siquiera consta su situación real en cuanto a su domicilio.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: «dispongo: Que debo acordar y acuerdo las siguientes medidas definitivas derivadas de la extinción de pareja de hecho entre Teresa y Casimiro: 1.º La guarda y custodia del hijo común, Sergi, se atribuye a Casimiro, quedando la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

Se interpone recurso de apelación por la parte demandante, la madre, solicitando se revoque la resolución recurrida, en el sentido de que se le

atribuya a ella la guarda y custodia del hijo común de los litigantes, alegando error en la valoración de la prueba.

En relación al recurso de apelación deducido por la madre debemos indicar que en la necesaria protección de los intereses de los menores, debe atenderse a todas las circunstancias que permitan poder concluir una situación más favorable a los mismos, sin que la atribución a uno u otro de los progenitores, suponga ninguna merma de las cualidades del no custodio, pues lo que prima son los menores en el total ámbito de estudio, parental y social.

En el presente caso de las circunstancias que concurren, entendemos que debe de confirmarse la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad, Sergi, al padre.

En este sentido, cabe tener en cuenta, que de la escasa prueba practicada en la instancia no resulta ninguna circunstancia que determine que el padre desarrolle de forma perjudicial la guarda y custodia del menor, de hecho lo que se alega es que "no existe ningún elemento que lleve a valorar que el menor estará mejor con el padre", es decir, no se imputa ninguna cuestión perjudicial en la guarda ejercida por el padre. Y, debemos partir de que el menor lleva un período prolongado, desde que contaba con apenas tres años con el padre, por lo que un cambio de guarda podría conllevar una modificación de los hábitos del menor que no aparece aconsejable, siendo que además el padre consta con el apoyo de sus otras hijas de distinta relación, sin que quede debidamente probada la situación real de la madre, en cuanto a domicilio. Por lo que, dada dicha limitada prueba que resulta de las actuaciones no aparece aconsejable en estos momentos para el interés del menor un cambio de guarda. Por lo que procede desestimar el recurso deducido».

GUARDA Y CUSTODIA

No procede la guarda y custodia compartida: la solicitud de que la menor esté con cada progenitor por el período de 5 años alternativamente es contraria a su estabilidad.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo

Se alza el apelante contra la resolución recurrida en cuanto desestima su solicitud de que se acuerde la guarda y custodia compartida de la hija común, en concreto la siguiente: hasta que la menor cumpla la cinco años de edad estará con la madre, después con él otros cinco años, y así sucesivamente; subsidiariamente, estima que debe establecerse un régimen de visitas más amplio como sería el de fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes a las 20 del domingo con prórroga de puentes hasta las 20 horas del día anterior al primer día lectivo y mitad de las vacaciones; apela asimismo el pronunciamiento referente a la pensión alimenticia, peticionando se fije en 180 euros a pagar por el que no tenga la guarda y custodia.

Sentadas así las bases del recurso, por lo que se refiere al primer extremo, hemos de señalar que la posibilidad de acordar un régimen de guarda y custodia compartida no es contrario a las previsiones de los artículos 76.1 y 82.2 CF, ni de los artículos 81, 86, 90.A) y 103 CC, pues obedece a circunstancias procedentes y concurrentes apreciadas en torno al favorecimiento del interés de los menores, sin olvidar la realidad social, que en casos concretos presenta posibilidades favorables al mantenimiento de esa guarda y custodia compartida en tanto no resulte perjudicial sino enriquecedora para el desarrollo de los mismos. Por otro lado, al referirse la guarda y custodia a materia de interés público, es susceptible de ser tratada ampliamente por el órgano jurisdiccional, incluso de oficio, sin afectar al principio dispositivo, y siempre teniendo presente el interés de los menores, tal como proclama el artículo 92.2 CC y 82.2, 132 y 22, y 137 y ss CF, que prevalece indiscutiblemente por encima del interés de sus progenitores.

Haciendo aplicación de esta doctrina al caso de autos, entendemos que no es posible acordar tal guarda y custodia compartida hoy por hoy; en primer lugar porque ha quedado acreditado que el padre, cuando trabaja viene hacerlo unas diez horas diarias; en segundo lugar, porque el propio apelante reconoció en la vista que la madre cuidaba adecuada y personalmente al menor, y en tercer lugar, porque atendida la edad de la misma, seis años en la actualidad, y que siempre ha vivido con su madre, la alternancia que propone el apelante no consideramos que sea la más idónea para su estabilidad en todos los órdenes, por lo que en este particular el recurso debe ser desestimado.

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque en acuerdo privado anterior los cónyuges acordaran modificar la custodia a favor del padre, como consecuencia de la situación vivida por la madre al perder una hija en un parto, procede ahora modificar la custodia a favor de la madre, al haberse acreditado la inadaptación emocional del menor en el entorno paterno con la posibilidad de sufrir el síndrome de alienación parental, que podría llegar a ser una sicopatología de consecuencias graves.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Alavedra Farrando

La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: «Fallo: Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el procurador don Jordi Bohiges Ibars, en nombre y representación de doña Estela, contra don Baltasar, representado por la procuradora doña Susana Fernández Isart, atribuyendo a la actora la guarda y custodia del hijo de las partes, Isaac, menor de edad y estableciendo que el demandado podrá estar en compañía de su hijo la totalidad de las vacaciones de Semana Santa, así como la mitad de las vacaciones de Navidad y Verano atribuyéndose al padre la facultad de elegir el período de visitas debiendo el padre recoger y restituir al menor en el domicilio materno. No ha lugar a modificar la pensión de alimentos fijada con cargo al padre y a favor del menor mediante sentencia de divorcio de fecha 8 de octubre de 1999. No se efectúa condena en costas».

Se interpone recurso de apelación por la parte demandada, padre del menor, solicitando se revoque la resolución recurrida, en el sentido de que se le otorgue al mismo la guarda y custodia del menor, alegando error en la valoración de la prueba.

Entendemos debe proceder confirmar la resolución recurrida en la correcta valoración de la prueba que desarrolla.

En este sentido, respecto la exploración del menor, nacido el día dos de octubre de 1993, y que por tanto, debe ser oído, conforme lo dispuesto en el artículo 82.2 del Código de Familia, aparece clara su voluntad, más allá de la inventiva que refiere el apelante. Igualmente clarificador resulta el informe del SATAV, que concluye que se considera más adecuado que ejerza las funciones guardadoras la madre, en base a los siguientes hechos: 1. El estado emocional actual del niño. 2. La inadaptación personal del menor en su actual entorno familiar. 3. La vivencia negativa del menor del estilo educacional paterno. 4. El nuevo proyecto custodio materno (folio 87). Y, también, como medio probatorio, resulta el informe de la Psicóloga Clínica Adelina Camps Olivé, que refiere la posibilidad de que el menor sufra las consecuencias de síndrome de alineación parental, desarrollando en la vista los distintos síntomas que le permiten considerar dicho síndrome, y alertando que de no cambiarse la situación podría ir a más, a una sicopatología, con consecuencias graves (m. 31'29''DVD).

Consideramos que dichos tres elementos probatorios son determinantes en la necesaria confirmación de la resolución recurrida, al no constar otro medio de prueba que los contradiga. Respecto la alegación de los cambios de guardia anteriores, entendemos han quedado justificados, en la situación vivida por la madre, en la última de ellas, de mayor duración, por el fallecimiento de una hija en el parto, lo que no es negado por el apelante en juicio. Cambios de guarda que se llevaron con normalidad entre los progenitores, así este último mediante acuerdo privado, que entendemos debía ser la tónica que debía continuar en el interés del menor, sin llegar a la situación de conflictividad actual, que causa perjuicio al menor, en su necesario desarrollo sin vivencias conflictivas, y la relación entre los progenitores, siendo siempre gratuita, sin aportar ningún beneficio, sino todo lo contrario, una situación como la actual, que pudo resolverse extrajudicialmente, como ya se hizo en el pasado.

Las anteriores argumentaciones obligan a confirmar la sentencia apelada, con desestimación del recurso deducido, y expresa imposición a la parte recurrente de las costas causadas por esta apelación (artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la LEC).

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque en medidas provisionales se otorgó la custodia a la madre, en la sentencia se modificó a favor del padre al desvelar el informe que éste reúne condiciones más idóneas para atender al hijo; se constata el descuidado ejercicio de la guarda de la madre, corroborada por un informe del colegio del menor que destaca su situación poco cuidadosa en puntualidad, aspecto y mantenimiento de objetos. Testifical de familiares: validez probatoria: aunque guardan parentesco sanguíneo con el padre, son precisamente los directos espectadores de las condiciones cotidianas de la vida familiar.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Nuño

La sentencia de 29 de marzo de 2004 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Gava, Barcelona, en el curso de los autos de los autos de separación conyugal núm. 314/2003 estimaba parcialmente la demanda interpuesta por Marcelino contra Leonor, declarando la separación de ambos cónyuges con los efectos legales inherentes a dicha declaración, en concreto atribuyendo al esposo la guarda y custodia del hijo menor de ambos con fijación del régimen de visitas a favor de la madre correspondiente a fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, mitad de vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa.

Frente a esta resolución se alza la representación de Leonor al considerar inadecuada la atribución que de la guarda y custodia del menor se efectúa en la resolución dictada, máxime si se considera que ésta fue confiada a la ahora recurrente en el auto de medidas provisionales y entiende insuficiente la manifestación de la profesional que ha efectuado seguimiento de la situación familiar por su excesiva implicación y el testimonio de los familiares de la contraria para asentar tal modificación, interesando de este modo la revocación de este pronunciamiento y de aquellos otros que son consiguientes a aquél, además de los alimentos y pensión compensatoria que igualmente peticiona. Por parte de Marcelino se solicita, en cambio, la confirmación de la resolución de instancia.

Examinando de modo ordenado el objeto sometido a decisión en esta alzada, y principiando por el que corresponde a la modificación de la guarda asignada en fase de medidas provisionales efectuada por la resolución de instancia, de ésta extraemos de modo razonado y asentado en la prueba aportada en autos su sustento, que no es otro sino la determinación del cónyuge más capaz para llevar a cabo el cuidado y atención diaria del hijo de ambos sin que pueda considerarse esta situación en desdoro del contrario sino como simple constatación de unas mejores cualidades a tales fines. Que dicha decisión no ha sido irrazonable se deriva no sólo del contenido del informe de la profesional que compareció en autos, del cual y por las mismas razones apuntadas por el Juzgador de instancia podemos excluir cualquier dato referido a preferencias asentadas en sentimientos mas no obviar las correspondientes a la falta de cuidados y atención al mismo, igualmente esta perspectiva se ve confirmada por familiares que si bien es cierto que pudieran entenderse proclives a aquel cónyuge con el que guardan parentesco sanguíneo no lo es menos que resultan ser los directos espectadores de las condiciones cotidianas de la vida familiar; dicha situación se ve complementada por el informe de comportamiento del menor en la escuela, del que, aparte de los problemas derivados de su falta de atención, se extrae una situación poco cuidadosa en su puntualidad, cuidado de aspecto y mantenimiento de sus objetos, lo cual, evidentemente, atendida la edad del menor, no supone sino la muestra del descuidado ejercicio que de la guarda ha hecho la recurrente, justificándose cumplidamente la modificación de esta situación, que nosotros tan sólo hemos de ratificar.

RÉGIMEN DE VISITAS

Dado que uno de los hijos es mayor de edad, y el otro está próximo a cumplir los 18 años, procede acordar un régimen de visitas abierto a la libertad de las partes.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María José De la Vega Llanes

Se interpone el presente recurso frente a la sentencia de instancia, en el que se solicita en primer lugar un pronunciamiento concreto respecto al régimen de visitas paterno-filial. En la resolución apelada el Juzgado acuerda dejar tal régimen de comunicaciones abierto a la libertad de las partes, pronunciamiento que debe ser confirmado, atendida la edad de los hijos, uno mayor de edad y el otro cumple 18 años dentro de cinco meses por lo que padre e hijos se relacionarán libremente, conforme tengan por conveniente.

RÉGIMEN DE VISITAS

Existiendo una situación violenta entre los progenitores, y constando acreditada la existencia de circunstancias graves, no procede establecer el régimen de visitas normalizado con pernocta, sino que procede en ejecución de sentencia ir ampliándolo progresivamente si así lo aconsejara la evolución de la relación paterno-filial tras la evaluación del Equipo Técnico adscrito al Juzgado.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 6 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

Que en fecha 14 de diciembre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 25 de Madrid, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se amplía el régimen de visitas paterno-filial establecido en Sentencia de 1 de febrero de 2003, estableciéndose los sábados alternos desde las 12 horas a las 20 horas, realizándose la entrega y recogida en la Unidad de Atención y Protección a la familia; todos los martes recogiendo a la menor a la salida del colegio hasta las 20 horas efectuándose la entrega en el Centro antes expuesto, y los jueves de las semanas que no le corresponda disfrutar el sábado, en igual horario. Esta sistema de visitas se desarrollará durante todo el año, salvo la mitad de los períodos vacaciones, que corresponderán a la madre de manera continua.

Comuníquese vía fax, el nuevo régimen de visitas al UAPF.

No ha lugar a hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes.

Lo acuerda y firma, doy fe».

Se interpone recurso de apelación frente al auto dictado a 14 de diciembre de 2004, en autos de ejecución de la sentencia de separación de los litigantes, de 1 de febrero de 2003, que en función de las concretas circunstancias concurrentes, por razón de la violenta relación existente entre los progenitores, estableció un sistema de visitas y comunicaciones restringido entre el apelante y la hija común menor de edad, y a regir en el período de un año, transcurrido el cual, se evaluaría nuevamente la situación por el equipo técnico adscrito al Juzgado de origen, a fin de ampliar o restringir aún más los contactos, en función de la evolución de la relación paterno-filial.

Como quiera que dicha evolución ha sido positiva, obrando en autos informe psico-social (folios 365 a 370 de las actuaciones), emitido a 8 de octubre de 2004, por peritos integrantes del equipo técnico adscrito al Juzgado de 1.ª Instancia, que recomienda la ampliación en los términos que expresa en sus conclusiones, y en idéntica línea que luego se interesa por el Ministerio Fiscal se esta-

blezcan las visitas, la Juez *a quo*, haciéndose eco de aquel informe y de este dictamen, en aras al *bonum filii*, instaura el régimen de visitas recomendado, por un nuevo período de un año, transcurrido el cual volverá a evaluarse nuevamente la situación, al mismo efecto de volver a ampliar el contacto, o restringirlo, en atención al desarrollo de la relación entre padre e hija, por demandarlo el superior interés de ésta.

En estas circunstancias, consideramos inviable la pretensión que se formula por el recurrente, de establecer un régimen de visitas ordinario y acostumbrado en el foro, de fines de semana alternos, desde el viernes, a la salida del colegio, al domingo antes de las 20 horas, ínter semanal los miércoles y mitad de todos los períodos vacacionales, pues concurren en el presente caso circunstancias fundadas y graves que han aconsejado la limitación del sistema de comunicaciones, por lo que la resolución recurrida es por completo conforme al ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil, debiendo en todo caso movernos la prudencia, máxime cuando nos encontramos en presencia de un sistema abierto y flexible, no rígido, ni cerrado, en cuanto se ha establecido al mismo el límite temporal de un año, a cuyo término se evaluará nuevamente la situación, y teniendo además en cuenta, a la luz del resultado del estudio pericial psico-social repetido, que la menor, Eva, si bien manifestó satisfacción a las visitas paternas, así como una expectativa positiva hacia una eventual ampliación, no ofreció igual respuesta positiva frente a la pernocta.

En consecuencia, atendidas estas circunstancias, y no acreditando el recurrente que ahora la ampliación del régimen de visitas vaya a suponer un beneficio para la menor, de 4 años de edad a la fecha de emitirse el dictamen psico-social, procede la íntegra confirmación del auto recurrido, como se ha venido anticipando, con desestimación del recurso que contra el mismo se formula.

RÉGIMEN DE VISITAS

Existiendo una medida de alejamiento del padre respecto a la madre del menor, procede que las entregas y recogidas se efectúen en el domicilio materno por el abuelo paterno, siempre que éste muestre su asentimiento y conformidad. Esta medida es más factible que la acordada en la instancia de que se realizaran a través del Punto de Encuentro, dada la distancia geográfica del domicilio de los progenitores con el citado Punto de Encuentro Familiar de Lugo.

AP LUGO, SEC. 2.ª, AUTO DE 18 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Édgar Armando Fernández Cloos

Por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. de Becerrea se dictó auto en separacion con fecha 16 de mayo de 2005, por el que se acordó: Se acuerda la modificación del régimen de visitas establecido en Sentencia firme de fecha 15 de julio de 2004, acordando en consecuencia que la recogida y posterior entrega del hijo menor Casimiro por parte de su padre los fines de semana que tenga derecho a tenerlo consigo se realizará en el Punto de Encuentro de Lugo, todo ello con efectos a partir de la semana siguiente de la notificación de la presente resolución.

Las partes han mostrado su acuerdo en el mantenimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia de separación que aprobó en Convenio regulador de fecha 22 de junio de 2004. Por tanto y respecto de lo allí acordado, sólo ha de variar la persona que ha de realizar la recogida y entrega de Casimiro del domicilio de la madre y ésta ahora y por las vicisitudes de tipo penal surgidas, no la podrá realizar el padre en tanto esté afectado por la medida de alejamiento respecto de la esposa pero ambas partes están conformes en que tal actuación la realice el abuelo paterno de Casimiro, don José Carlos y, por consiguiente y siendo ello una medida mucho más fácilmente practicable que la acordada por el Juzgado al respecto de que las entregas se realicen en el punto de encuentro de Lugo, cuando todos los implicados son de As Nogais, por ello y siempre que don José Carlos muestre su acuerdo tal habrá de ser el sistema de entrega.

Se modifica, por tanto el Convenio de 22 de junio de 2004, en el único sentido concreto de que el encargado de realizar las entregas y recogidas de Casimiro de la casa de la madre será don José Carlos, siempre que tal señor muestre su asentimiento y conformidad.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se acuerda la suspensión provisional del régimen de visitas paterno-filial en tanto en cuanto que como consecuencia del seguimiento que se efectúe sobre el menor, no se dictamine la conveniencia de su restablecimiento. Se ha constatado fehacientemente que el menor presenta un trastorno desadaptativo con síntomas de ansiedad por la situación conflictiva que experimenta cuando convive con su padre junto a su pareja y la hija de ésta.

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª, AUTO DE 19 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio San Millán Martín

Por Sentencia de fecha de 27 de mayo de 1998, fue decretada la separación matrimonial entre doña Rosario y don Felipe, del que hubo un único hijo Juan Antonio, nacido el 25 de febrero de 1995, sobre el que en estos autos ha sido solicitado por la madre, la suspensión del régimen de visitas paterno-filial ordinario, por la situación conflictiva que presenta el menor cuando convive con su padre junto con la actual pareja del mismo y una hija de ésta, emitidos por la Oficina de Asistencia a las víctimas, del Equipo Psicosocial del Juzgado de Familia y de Aprome, que pudieran referir una situación de anomalía en el régimen de visitas de referencia, en el que el menor podría padecer un trastorno adaptativo depresivo con síntomas de ansiedad, por cuya consecuencia se interesa, al igual que lo propone el Ministerio Fiscal, la suspensión del régimen de visitas, que como no fuera acordado por el Juzgado, en resolución de 25 de octubre de 2004, es objeto de recurso en la presente instancia.

La Resolución recurrida, desestima la pretensión de suspensión del régimen de visitas paterno-filial, con respecto del menor Juan Antonio, porque no aprecia posible perjuicio alguno en la actual situación de comunicación entre padre e hijo, argumentando, en general sobre la conveniencia del mantenimiento para el interés prioritario del propio menor, del régimen de visitas, en forma ordinaria, entre padre e hijo. Pero la resolución recurrida, no advierte ni fundamenta sobre el contenido de los informes obrantes en autos: Oficina de Asistencia a las Víctimas, del Equipo Psicosocial del Juzgado de Familia y de Aprome, sobre los analizados en los mismos efectos perniciosos que para el menor, está teniendo actualmente la comunicación paterna. Y es que, efectivamente, como se advierte por el Ministerio Fiscal, también promotor de la suspensión del régimen de visitas, anteriores informes, en particular el de la Oficina de Asistencia a las Víctimas, suscrito por psicóloga, refiere una situación de depresión, ansiedad y trastorno conductual del menor, que, coincidente con la reanudación de las visitas paternas (pues en diciembre de 2003, se suspendieron las visitas, para dispensación de terapia psicológica del menor, reanudándose en marzo del 2004), produce una recidiva de anteriores síntomas que habían remitido cuando fuera suspendida la comunicación. El informe de Aprome, refiere también sobre la existencia del problema con el hijo. Y el final informe del Equipo Psicosocial del Juzgado de Familia, que en nada desmiente ni cuestiona las conclusiones de los anteriores, aun cuando no participa de la opinión de la suspensión del régimen de visitas, también apunta sobre el conflicto surgido con el padre, teniéndose en cuenta, además, que este último informe no pudo tener en cuenta la manifestación directa del menor, que no acudió a la entrevista citada, y que no se practicó el seguimiento sobre el régimen de visitas acordado inicialmente, practicándose dos informes «trimestrales» en 20 meses. Al tiempo que ha trascendido en autos la posibilidad de que el menor, en curso de la realización de las comunicaciones paternas, haya sido objeto de malos tratos (denuncia ante la policía, manifestación ante los servicios médicos de guardia, manifestación ante el Juzgado de Instrucción en la exploración del menor,...), por todo lo cual, parece aconsejable y recomendable a los intereses del menor, se proceda a la suspensión provisional del régimen de visitas, en tanto en cuanto no se despejen referidas dudas o se estabilice la situación psicológica del menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

Acordada por el Juez de Instrucción una medida de prohibición de aproximación y comunicación tanto con respecto a la esposa como hacia la hija, el Juez que conoce del procedimiento de separación ha de respetar dicha medida, y no procede, durante su vigencia, el establecimiento de régimen de visitas paterno-filial.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

La dirección Letrada del Sr. Yolanda solicita del Tribunal, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la revocación parcial de la sentencia de instancia, y ello en el sentido de declarar el derecho del referido litigante «a un turno de visitas de la hija del matrimonio con su padre, y así mismo mientras se mantengan las actuales circunstancias económicas del padre se fije una cantidad en concepto de alimentos de 150 euros mensuales».

Pretensiones que encuentran la frontal oposición del Ministerio Fiscal, que interesa la íntegra confirmación de la resolución impugnada.

La primera de las antedichas pretensiones encuentra el obstáculo procesal insalvable de la orden de protección acordada, mediante auto de 7 de junio de 2004, por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Arganda del Rey, y en la que, entre otras medidas, se prohibió a don Juan María «aproximarse y comunicarse personalmente con doña Blanca ni a la hija común de ambos en un radio de 500 metros», cuya medida habría de mantener vigencia, según se exponía en la referida resolución, durante la tramitación de la causa penal abierta contra aquél por un delito de malos tratos en el ámbito familiar.

Y no constando que, al tiempo de dictarse la sentencia hoy recurrida, hubiese sido alzada dicha medida cautelar de orden penal, obvio es que la Juzgadora que conoció del correspondiente procedimiento de separación, culminado por la antedicha resolución, no estaba facultada, en modo alguno, para dejar sin efecto, ya expresamente, ya de modo indirecto, esto es a través de la fijación de un sistema de comunicaciones personales entre el Sr. Yolanda y su hija, la cautela de alejamiento que, como se ha expuesto, afectaba no sólo a la esposa, sino igualmente a la común descendiente, excluyendo todo contacto al respecto.

En consecuencia, y mientras se mantenga dicha medida, en la que no puede entrar, para su modificación o cese, la jurisdicción civil, resulta absolutamente inviable el acogimiento de la pretensión revocatoria que, en tal punto, articula el recurrente, por lo que la misma ha de decaer.

RÉGIMEN DE VISITAS

Procede dejar en suspenso el régimen de visitas materno-filial, cuando la madre, con ocasión del régimen de visitas, abandonó el país e hizo incluso necesaria la intervención policial para reintegrar al menor con el padre que ostentaba su custodia. Se trata de una cautela temporal que podrá ser modificada cuando la madre muestre una actitud y garantías suficientes para tener una relación normal con el hijo.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Nuño

Se aceptan los del auto apelado de fecha 8 de marzo de 2004, dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 18 de Barcelona, en el procedimiento de ejecución de sentencia de unión de hecho núm. 616/2003, promovido, en la 1.ª Instancia por la Procuradora doña María Isabel Pereira Mañas, en representación del Sr. Gabriel contra doña Blanca representado en 1.ª Instancia, por la Procuradora Sra. María Dolores González Rodríguez, con la intervención del Ministerio Fiscal, siendo la parte dispositiva de la resolución impugnada del tenor literal siguiente: «Dispongo: Mantener la guardia y

custodia del menor Salvador a favor de su padre Sr. Gabriel y dejar por ahora en suspenso el régimen de visitas materno-filial establecido en la sentencia de fecha tres de junio de 2003 dictada en el juicio verbal especial núm. 1015/2002. Fórmese con la presente resolución y el escrito presentado por la representación del Sr. Gabriel de fecha 16 de febrero de 2004 pieza incidental. No se hace expresa imposición de costas de este procedimiento».

El auto de 8 de marzo de 2004 dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 18 de Barcelona en el curso de los autos de ejecución forzosa en Derecho de familia núm. 616/2003, consideraba que, tras la desaparición de Blanca junto con su hijo menor Salvador, resultaba adecuado el mantenimiento de la guarda y custodia del menor en su padre Gabriel y la suspensión del régimen de visitas para aquélla. Frente a esta resolución se alza la representación de Blanca al considerar inadecuado el criterio expresado por la Juzgadora de instancia en cuanto entiende excesiva aquella sanción y quebrantadora de una serie de Normas Nacionales y Acuerdos internacionales que menciona al no atender al interés del menor solicitando, de contrario, la reanulación de aquéllas en los términos que expresa. La representación procesal del padre, Gabriel, por su parte, interesó la confirmación de la resolución de instancia, lo mismo que el Ministerio Fiscal.

Atendidos los términos del presente recurso no llegamos a entender la referencia que la recurrente hace sobre la infracción en que habría incurrido la resolución recurrida por no haber tenido en cuenta el interés del menor en la limitación acordada del régimen de visitas en su momento establecido en cuanto, aparte de no resultar en absoluto una medida sancionadora para la madre, tal y como parece ésta insinuar cuando alude a su desproporción, sino adoptada justamente en atención a la adecuada protección del niño, no responde a una decisión originaria de reparto de las tareas y responsabilidades derivadas de la patria potestad de ambas partes tras la ruptura de la pareja sino que resulta consecuencia del quebrantamiento voluntario por parte de la recurrente de las reglas que establecían aquella división de deberes entre los progenitores y contemplaban específicamente el régimen de comunicación con la apelante. La entidad de la conducta de la madre que, aprovechando la comunicación ordinaria establecida en su momento con su hijo menor, abandona el país y hace necesaria incluso la intervención policial para reintegrarlo a quien tenía atribuida la guarda y custodia del mismo resulta relevante y adecuada para el establecimiento de la cautela impugnada la cual, evidentemente y por su propia naturaleza, resulta temporal y dirigida a su modificación cuando la actitud y garantías de la madre resulten suficientes para permitir una normal relación de ésta con su hijo, en interés de éste, mas en este instante esta situación no es la concurrente de modo que alcanza plena virtualidad la medida acordada justamente atendiendo al interés del menor proclamado por la recurrente que en modo alguno puede amparar su impugnación en éste en cuanto fue su propia conducta la que determinó esta situación. Así y por tanto no nos corresponde sino la íntegra confirmación de la resolución expresada.

VIVIENDA FAMILIAR

Dadas las características del inmueble y siendo las hijas mayores de edad, procede la limitación temporal durante 3 años del uso de la vivienda, o hasta que se liquide la sociedad de gananciales, si la fecha de ésta es anterior a dicho plazo. Estudio jurisprudencial y análisis de las soluciones del Tribunal Supremo ante la colisión del derecho de uso (artículo 96 CC) y el derecho de propiedad de los cotitulares de la vivienda; procedencia de la *actio communi dividundo.*

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández

Que en fecha de 24 de septiembre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Móstoles, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

2.º Se atribuye a las hijas comunes del matrimonio y al progenitor custodio el uso y disfrute de la vivienda conyugal así como del ajuar doméstico, pudiendo retirar el esposo sus ropas y enseres

de carácter personal que no constituyan ajuar o mobiliario del domicilio familiar, siempre bajo inventario, realizándose igualmente inventario de los bienes y objetos que queden en la vivienda; todo ello con un límite temporal de utilización exclusiva de tres años a contar desde el 21 de noviembre de 2003, o hasta que se liquide la sociedad de gananciales, si la fecha de ésta es anterior a que transcurra el citado plazo.

Son dos los motivos de recurso que se deducen por la representación procesal de la parte actora, progenitora femenina y custodio, frente a la sentencia de instancia, de separación de los litigantes, de fecha 24 de septiembre de 2004, interesando de la Sala la supresión del límite temporal de tres años, a computar desde el auto de medidas provisionales, esto es 21 de noviembre de 2003, al uso de la vivienda familiar atribuido a las hijas comunes, hoy ambas mayores de edad.

El primer motivo de recurso al que hemos aludido en el precedente fundamento jurídico, siendo hoy las dos hijas del matrimonio mayores de edad, y atendidas las características del inmueble, ahora ya excesivo a las necesidades específicas de alojamiento del nuevo núcleo parental, entendemos conforme al ordenamiento jurídico la resolución recurrida, a la luz del contenido del artículo 96 del Código Civil, habida cuenta el criterio a este respecto mantenido por esta misma Sala en supuestos semejantes al de autos, y en atención a la doctrina jurisprudencial en la materia, por cuanto con el producto que se obtenga de la venta, uno y otro litigante podrán acceder a viviendas dignas y aptas al asentamiento de los distintos miembros que la componían.

Cabe así citar las sentencias de 23 de septiembre de 2004, o la de 5 de diciembre de 2002, las dos de esta misma Sección, expresándose literalmente en la segunda de las mencionadas lo que a continuación transcribimos por su interés:

«En el caso de autos, es verdaderamente delicado el problema que se nos plantea, pues en efecto, entran en colisión dos derechos, de un lado el de uso del domicilio familiar atribuido en virtud del artículo 96 a la madre y a la hija, y de otro lado, el derecho de propiedad indivisa que ambos cónyuges ostentan sobre la vivienda.

El fundamento del artículo 96 del CC es asegurar un lugar donde pueda vivir la prole de tal suerte que tenga garantizado el alojamiento en compañía del progenitor custodio. Pero esto no significa que su aplicación sea automática, prescindiendo de las circunstancias específicas que adornan cada caso en concreto, olvidando todos los intereses en juego, que habrá de armonizar, sin perjuicio de que en efecto en caso de colisión de intereses, habrá que procurar no perjudicar los derechos de vivienda del hijo, pero siempre en el entendimiento de que no es recomendable la aplicación automática del artículo 96 del CC y con tendencia siempre a armonizar todos los intereses en juego, debiendo procurar un punto de equilibrio entre la necesidad de alojamiento de la hija y el derecho de copropiedad de los padres, sobre el domicilio familiar. La distribución del uso del domicilio familiar a la hija junto con su madre guardadora, no puede ni debe tener un automatismo tan riguroso hasta el punto de que en "todo caso" ha de ser así y en tanto en cuanto concurran los presupuestos del artículo 93 de CC (hijo menor o mayor de edad, que curse estudios con aprovechamiento, que carezca de independencia económica de suerte que necesita los alimentos de sus progenitores para subsistir hasta completar su formación). Así los Tribunales deben ponderar todas las circunstancias e intereses en juego concurrentes en cada caso concreto, para resolver lo que consideran más oportuno.

Por ello al ejercitar la acción de división, si la casa es indivisible, los condueños deberán llegar a un acuerdo para que se adjudique a uno de ellos indemnizando al otro; si no llegan a ningún acuerdo se venderá y repartirá su precio; venta que se ha de intentar y no nos parece difícil en los tiempos actuales se haga por el precio de libre mercado o como mínimo por el de 51.189.000 pesetas, según tasación pericial obrante a los folios 32 y siguientes. Y sólo si esto no fuera posible habrían de acudir a la venta en subasta pública.

Con el precio de la venta (de libre mercado o como mínimo de tasación) sí nos parece posible que la madre pueda adquirir otra vivienda en Las Rozas (lugar donde trabaja y siempre ha vivido la hija) si bien de unas dimensiones más pequeñas en todo caso suficientes para atender las necesidades de la hija, (sin perjuicio de que en su caso pueda completar la diferencia de precio adquisición con sus ingresos, pues trabaja), con lo cual, entendemos quedan cubiertas las necesidades de alojamiento de la hija y de la madre y armonizados los derechos en colisión que antes apuntábamos.

Por todo lo razonado procede autorizar la división de la vivienda familiar discutida pero siempre y cuando sea un precio de libre mercado y como mínimo por el precio (si no mayor) que figura en la tasación para que con la mitad del dinero obtenido, doña Sagrario pueda adquirir una nueva vivienda y se puedan alojar debidamente madre e hija en unas condiciones de que no desmerezcan en gran perjuicio para la hija de las que actualmente disfruta aunque sea de tamaño más pequeño. En cuyo caso, un vez realizada la venta, automáticamente quedará extinguido el derecho de uso sobre la vivienda concedido en la resolución de divorcio. De no ser así

y verse abocados a proceder a la venta en pública subasta de suerte que el precio final de la venta pudiera llegar a ser considerablemente inferior al precio apuntado, con lo que el dinero obtenido podría ser sensiblemente insuficiente para adquirir una nueva vivienda que reúna las condiciones adecuadas para alojar –a la hija y a la madre– en este caso no obstante proceder a la venta en pública subasta se deberá respetar el derecho de uso de atribución sobre la vivienda familiar a favor de la hija en cuya compañía también vive la madre, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo que defiende y mantiene la posibilidad de división, aunque exista el derecho de uso atribuido por sentencia judicial. Entre otras podemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de julio de 1994 que permitió el ejercicio de la *actio communi dividundo,* sobre la vivienda familiar que pertenecía en pro indiviso a ambos cónyuges, cuyo uso, correspondía a la esposa e hijos en virtud del artículo 96.1 del CC. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 1992 señala que en caso de una vivienda familiar copropiedad de divorciados debe estimarse una acción de división de la cosa común y la adjudicación de su uso a la ex esposa e hijas cuya guarda tenía atribuida en sentencia de divorcio no impide la cesación de la comunidad. La sentencia de 20 de septiembre de 1988 permite la división de la vivienda adjudicada en *pro indiviso* a ambos esposos cuyo uso había sido atribuido a la esposa con anterioridad por la sentencia de divorcio. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de diciembre de 1999, con cita de las sentencias de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, reitera la doctrina de que cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo.»*

Procede en consecuencia desestimar, como se dijo, este motivo de recurso, con confirmación de la sentencia disentida.

VIVIENDA FAMILIAR

Los gastos derivados del consumo o de aquellos otros necesarios para la habitabilidad de una vivienda, han de ser abonados por quien la usa; no ocurre así con los gastos de comunidad, que han de ser abonados por el esposo, pues no tienen relación directa con el consumo directo y específico, sino con gastos generales.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, AUTO DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver

La Sala dictó sentencia de fecha 14 de septiembre de 2005 cuya fallo es del tenor literal siguiente: «Fallo: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de don Benedicto, debemos revocar parcialmente la sentencia ya reseñada. Declarando que las deudas consorciales vencidas antes de la sentencia de separación forman parte del pasivo del consorcio (sin perjuicio de que uno u otro cónyuge quieran abonarlas, haciendo valer este pago en la fase de liquidación). En cuanto a los gastos corrientes: los derivados del chalet de "El Zorongo" y del préstamo con "Ibercaja" las satisfará el esposo y los del préstamo "62-85" del "BBVA", así como las cuotas ordinarias del piso de la C/ Unceta y la financiación de la compra de un vehículo, las satisfará la esposa. El resto de pagos que vayan venciendo de carácter periódico serán de cuenta del esposo (por ejemplo el relativo a la "recaudación ejecutiva"). Confirmando la sentencia en todo lo demás. Y sin costas en ninguna de ambas instancias».

Se solicita aclaración de la sentencia a tenor de los artículos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el punto relativo al concepto "gastos corrientes derivados del chalet de El Zorongo". Este concepto al igual que el relativo al piso de la C/ Unceta hace referencia a los que de forma, generalmente periódica, han de satisfacerse para la adecuada habitabilidad de una vivienda (Comunidad, electricidad, agua, etc.) Evidentemente, en la sentencia no se resuelve –pues tampoco se planteó– individualizadamente sobre cada uno de esos gastos, pues resultaría prácticamente imposible descender hasta la minucia de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges litigantes. Ahora bien, si en el chalet de "El Zorongo" existen individualizados los gastos de consumo o de determinados servicios, resultará lógico que quien los disfrute los abone. No así, por ejemplo, las cuotas de Comunidad, que –en todo caso– las satisfará el esposo, pues no tienen relación inmediata con consumos directos y específicos, sino con gastos generales.

VIVIENDA FAMILIAR

Procede la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa sólo hasta que se liquide la sociedad de gananciales. No procede la prolongación del derecho de uso por el plazo de 10 años, pues el único hijo mayor de edad reside en otra ciudad donde realiza un máster, y no consta que cuando lo finalice, desee vivir con la madre, y aunque así fuera con su edad y preparación se ha de presuponer que tendrá su propia independencia.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Olaso Azpiroz

La sentencia dictada por el juzgado de instancia acuerda, como decisión principal, la separación de los litigantes don Gabino y doña Susana, y como decisiones complementarias, contra las que una parte o ambas se muestran disconformes, a) atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación y distribución del patrimonio común...

El primero de los motivos del recurso interpuesto por doña Susana persigue que el uso de la vivienda familiar se prolongue durante diez años; tal pretensión no se admite ya que la vivienda está ocupada en la actualidad sólo por la Sra. Susana, pues el hijo del matrimonio reside en Madrid realizando el Máster del ICAI, y aun en el supuesto caso de que, finalizado el mismo, regrese a Vizcaya, no hay constancia de que su deseo sea vivir con su madre, pues perfectamente puede ser de su interés hacerlo con su padre, y aunque, en hipótesis, el citado hijo prefiera vivir con su madre en la que fuera vivienda familiar, es de todo punto excesivo mantener esa situación por diez años más, hasta que el citado hijo rebase con creces la treintena, pues es de presumir que con su brillante expediente académico, Máster incluido, para entonces haya emprendido hace tiempo su propia trayectoria vital y profesional; en consecuencia, se mantiene la decisión del juzgador de instancia de que el uso de la Sra. Susana de la vivienda familiar se prolongará hasta la liquidación de la sociedad conyugal.

VIVIENDA FAMILIAR

Aunque no existen hijos y la vivienda conyugal es propiedad del esposo, se atribuye a la esposa su uso durante 3 años por constituir el interés más necesitado de protección: ambos cónyuges padecen esquizofrenia paranoide, pero la esposa además tiene una minusvalía del 66% y unos ingresos muy inferiores a los del marido. La aplicación con automatismo absoluto de la ley puede provocar situaciones injustas, debiendo valorarse las circunstancias concretas que pueden justificar excepciones a las reglas generales para atribución del uso de la vivienda.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Noblejas Negrillo

La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: «Fallo: Que estimando en parte la demanda de Separación formulada por el Procurador doña Dolores Alavedra Berenguer en nombre y representación de Alonso contra Verónica y estimando en parte la demanda reconvencional, debo decretar y decreto la separación del matrimonio de los expresados cónyuges con todos los efectos legales inherentes a esta declaración, pudiendo vivir separados y quedando revocados los consentimientos o poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge, quedando disuelto el régimen económico matrimonial y demás efectos legales inherentes a esta declaración, y adoptar las siguientes medidas:

Se atribuye a la esposa Verónica el uso y disfrute del domicilio familiar sito en CALLE000NÚM000 esc. NÚM001, NÚM002NÚM003 de Sabadell, así como el uso y disfrute del ajuar familiar, pudiendo el esposo retirar los objetos y enseres de uso personal, facilitando la esposa su retirada, limitando la atribución del uso y disfrute del domicilio y enseres y ajuar doméstico por un período de tres años. Procédase a la anotación del derecho de uso por tiempo de tres años en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Sabadell a favor de la esposa.

Se alza el apelante contra la resolución impugnada por entender que no cabe atribuir el uso de la vivienda que fuera conyugal a la demandada, dado que el suyo es el interés más necesitado de protección; subsidiariamente, interesa se limite a un año.

Por lo que se refiere al primer extremo, esta Sala ya ha tenido numerosas oportunidades de pronunciarse en el sentido de que en los casos en que existan hijos comunes menores de edad o mayores sin ingresos propios que les permitan vivir independientes, ante una situación de ruptura familiar, tanto el artículo 96 CC, como el 83 del Código de Familia, dispone que a falta de acuerdo entre los cónyuges, la vivienda se atribuirá preferentemente al que ostente la guarda y custodia de éstos y sólo para el caso de que no haya hijos se atribuirá al cónyuge más necesitado de protección y aún en este caso, de forma temporal si aquél a quien se le atribuyera el uso no fuera además el titular de la vivienda; el criterio que rige en esta materia es pues, el de atribución de la vivienda a los hijos y sólo para el caso de que éstos no existieran o fueren mayores de edad con independencia económica, prevé la atribución al cónyuge más necesitado de protección, lo que no impide, en supuestos excepcionales resolver de otro modo si las circunstancias concretas, de orden personal, material o familiar aconsejan otra solución, pues aplicar dichos preceptos con un automatismo absoluto y con excesivo rigor conduciría en ocasiones a situaciones injustas y generadoras de penurias económicas y de desigualdad entre los esposos, todo lo cual requiere una eficaz y sólida actividad probatoria.

En el caso nos encontramos con una matrimonio que no tiene hijos a su cargo, siendo la vivienda que fuera conyugal propiedad del esposo; ambos padecen esquizofrenia paranoide, percibiendo el actor una pensión por incapacidad permanente absoluta de 1332,54 euros, y paga 319,77 de cuota mensual del préstamo hipotecario; la esposa por su parte, que según su psiquiatra está controlada, y tiene reconocida una minusvalía del 66%, trabaja haciendo limpiezas, percibiendo mensualmente unos 460 euros y carece de cualquier clase de bienes. En estas circunstancias entendemos que la atribución que se efectúa en la sentencia es perfectamente acorde con lo arriba expuesto, pues el de la esposa es el interés, en la actualidad, más necesitado de protección, por lo que en este particular debemos desestimar el recurso que se examina.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede reducir la pensión de alimentos de las hijas: no se concibe la disminución de ingresos por no realizar horas extras, pues el actor continúa trabajando en la misma empresa y con igual oficio. Las medidas pactadas en el Convenio Regulador fueron con visión de futuro y permanencia. Las necesidades de las hijas no se limitan a los gastos escolares, sino que el concepto de alimentos es más amplio (artículo 142 CC).

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

Que en fecha 2 de febrero de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 25 de Madrid, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Fallo: Estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales don Jose Andrés Cayuela Castillejo, en nombre y representación de don Pedro Miguel, contra doña Marisol, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Estrella Moyano Cabrera, debo declarar disuelto el matrimonio por divorcio de don Pedro Miguel y doña Marisol, con los siguientes pronunciamientos:

Don Pedro Miguel abonará en concepto de pensión alimenticia a favor de las hijas la cantidad de 300,50 euros mensuales por cada una de ellas

(601,00 euros en total), cantidad que se actualizará anualmente con efectos de primero de enero de cada año, conforme a las variaciones que experimente el IPC, que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

En el presente caso de autos, no se ha acreditado una disminución de la capacidad económica del progenitor obligado a la contribución económica para atender las necesidades alimenticias de las hijas habidas en el matrimonio, que justifique la reducción de la pensión de alimentos en los términos solicitados; habida cuenta que el demandante ahora apelante continúa laboralmente en la misma empresa; sin que conste acreditado la reducción de sus ingresos por renta de trabajo al concurrir una contradicción entre los ingresos declarados en la época que suscribieron en Convenio Regulador de la separación matrimonial y las declaradas actualmente, pues manifiesta que en aquella época sus ingresos por renta de trabajo eran de 350.000 pesetas al mes, lo que significó que cobraba 4.900.000 o su equivalencia en euros de 29.449.59 renta que supone más de los 25.616 euros que se declaran; y de lo que se deduce que sus ingresos de renta en aquella época eran superiores; lo que supone que ahora a tenor de ello no se concibe que sus ingresos han disminuido por falta de horas extraordinarias de trabajo al continuar en la misma empresa y con igual oficio.

Siguiendo de adverso en la misma situación y actividad económica, y permaneciendo las necesidades de las hijas en iguales términos pues las necesidades de las mismas no se limitan exclusivamente a gastos escolares, sino que el concepto de alimentos es más amplio comprendiendo otras necesidades, según el artículo 142 del Código Civil.

De lo anterior expuesto se desprende que el demandante ahora apelante tiene capacidad suficiente para seguir manteniendo el acuerdo regulado en Convenio Regulador sancionadas en sentencia de separación matrimonial cuyas medidas fueron pactadas con visión de futuro y de permanencia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La pensión de alimentos ha de abonarse en doce mensualidades: es irrelevante que los hijos pasen un mes completo con el no custodio, pues se compensa con otros meses del año en que los gastos son mayores.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 18 de febrero de 2005, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Majadahonda, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Fallo:

Don Arturo deberá abonar en concepto de alimentos para los hijos del matrimonio la cantidad de 1.019,49 euros mensuales, suma que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en al cuenta bancaria que la madre señale. Tal cantidad será revisada anualmente con arreglo al incremento que experimente el IPC o los índices que legalmente le sustituyan. En cuanto a los gastos extraordinarios de los menores, deberán ser satisfechos por ambos cónyuges por mitad.

Notificada la anterior resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de doña Amparo a fin de conseguir su revocación y la Sala, en su lugar, declare que la pensión de alimentos deberá hacerse efectiva en doce meses al año y en cuantía de 1200 euros mensuales a razón de 400 euros al mes por hijo, y ello en virtud de lo argumentado en el escrito de fecha 10 de mayo de 2005.

Para no romper la globalidad de lo pactado y siguiendo en este punto al Tribunal Supremo en la jurisprudencia que mantiene desde abril de 1991; procede en cambio estimar el motivo relativo a cuántos pagos han de hacerse al año y la pensión de alimentos debe ser de doce meses al año, al no decirse por las partes otra cosa en dicha pactación, al no haber motivos para restar un mes y en atención a que la voz alimentos se compone de muchos conceptos que no se extinguen por el hecho de

estar los hijos con el padre en verano, amén de que, como muy bien dice la parte apelante, unos meses se compensan con otros.

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña Amparo, representada por el Procurador don Francisco J. Calvo Ruiz; contra la sentencia de fecha 18 de febrero de 2005; del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 Majadahonda; dictada en proceso de divorcio núm. 309/04; seguido con don Arturo, representado por el Procurador don Antonio Ramón Rueda López; debemos revocar y revocamos la indicada resolución en el sentido de establecer que la pensión de alimentos se satisfará en doce meses al año; confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Procede condenar al padre, en concepto de alimentos, al pago de los gastos de matrícula y mensualidades de un máster en ICAI, pues es la culminación de la formación intelectual del hijo que se estima necesaria en los tiempos que corren para acceder a un empleo.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, AUTO DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Olaso Azpiroz

La sentencia dictada por el juzgado de instancia acuerda, como decisión principal, la separación de los litigantes don Gabino y doña Susana, y como decisiones complementarias, contra las que una parte o ambas se muestran disconformes... b) condena al esposo a pagar, en concepto de alimentos al hijo del matrimonio, los gastos de matrícula y mensualidades de un Máster en ICAI...

El recurso interpuesto por el esposo don Gabino se refiere a la obligación que la sentencia le impone de pagar la matrícula y mensualidades del Máster que su hijo cursa en Madrid solicitando ser liberado de dicha obligación; en primer lugar, acusa a la sentencia de incongruente pues afirma que dicha medida no fue solicitada por su esposa de forma expresa; argumento que no se corresponde con la realidad si se observa el suplico de la contestación a la demanda y de la demanda reconvencional.

Ciertamente, el juzgado de instancia incurre en un error cuando argumenta que el padre debe pagar el citado curso cuando no ha causado oposición alguna a pagar a su hijo los estudios en la Universidad de Deusto por importe de 750 Euros mensuales, que aunque es una cifra inferior a lo que cuesta el Máster, no deja de ser una cantidad importante, y se equivoca el juzgador pues, como se desprende de la documentación, en Deusto se paga la matrícula y luego unas cuotas trimestrales (no mensuales), por lo que haciendo el cómputo total resultan 405 euros al mes durante diez meses del curso lectivo.

En cualquier caso, la obligación establecida en la sentencia debe de mantenerse ya que este Tribunal entiende que el Máster del ICAI no es sino el remate de la formación intelectual del hijo, muy necesaria en los tiempos que corren para acceder a un empleo, como prolongación y complemento de la carrera cursada en la Universidad de Deusto que el recurrente no tuvo reparo alguno en financiar, debiendo incluirse tanto una cosa como la otra en el concepto de alimentos del artículo 142 párrafo segundo del Código Civil.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos de farmacia de la hija no son extraordinarios, pues son periódicos y eran previsibles al momento de la separación cuando se fijó la cuantía de la pensión de alimentos.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

Con fecha 21 de febrero de 2005, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de los de Torrejón de Ardoz, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal: «Se desestima la oposición realizada a la ejecución por parte de la Procuradora doña María Jesús Llamas Villar en nombre y representación de don Víctor Manuel, y se fija como cantidad a abonar a doña Victoria, por los meses reclamados y por los gastos acreditados, la cantidad de novecientos treinta y un euros con catorce céntimos de euro. Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que se deniegue la ejecución interesada de contrario, en la cuantía de 331,14 euros, a la sazón, el 50% del gasto generado, en razón de los gastos de libros de texto y de farmacia, advirtiendo que éstos son gastos ordinarios, periódicos, y deben incluirse en el concepto alimenticio, pues la enfermedad que sufre la hija es crónica y ya existía al momento de la separación, por lo que, igualmente, es un gasto periódico y también previsible al momento en el que se dicta la sentencia de separación.

La cuestión planteada en esta alzada, en orden a la ejecución despachada, se centra en la correcta definición del gasto extraordinario, como concepto distinto a la pensión de alimentos, y ello teniendo en cuenta que es necesaria la ejecución de la sentencia en sus propios términos, de conformidad con lo establecido del artículo 117 de la Constitución, y el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así las cosas, hemos de considerar el gasto extraordinario en aquellos supuestos en los que se devenga por razones excepcionales, no de un modo periódico y, en ocasiones, de manera imprevisible, para atender concretas y puntuales necesidades de los hijos, de manera que dándose estas circunstancias, es posible la exigencia de tal gasto al margen de aquel otro concepto relativo a la pensión de alimentos.

Conforme a lo anterior, entran de lleno en tal concepto aquellos supuestos en los que en el ámbito educativo se produce en un momento determinado una necesidad, al margen de la ordinaria, que exige una especial obligación por parte de los progenitores, en razón del especial desembolso económico que ello supone, al margen de aquella otra que venga establecida en la sentencia en orden al deber de pagar la pensión de alimentos, y ello teniendo en cuenta lo resuelto judicialmente, o los acuerdos al respecto, en orden a la distribución de los porcentajes para afrontar tales gastos extraordinarios; también se incluye en este concepto especiales atenciones que igualmente exige la prole, en su vida personal, en relación a determinados viajes, habitualmente efectuados por razones escolares. Por último, y a modo de ejemplo, y sin que ello suponga establecer un número cerrado de supuestos, también se define como gasto extraordinario a aquel que se refiere a la especial atención médica que pueda exigir la prole, en orden a intervenciones quirúrgicas o gastos considerables, o enfermedades de larga duración que exijan un especial esfuerzo económico por razón de la atención clínica y médica o gastos farmacéuticos importantes en el ámbito económico que demande la salud de los hijos, y siempre que ello no estuviera previsto con anterioridad a la sentencia.

Dicho lo anterior, ha quedado acreditado que en su momento se dictó sentencia de separación de fecha 31 de octubre de 2003, estableciéndose la pensión de alimentos en la cuantía de 120 euros mensuales para los hijos; se hace una especial referencia en el fundamento jurídico quinto de la resolución, aunque no en el fallo, a la obligación de abonar el gasto extraordinario.

Es sabido que, a falta de acuerdo o resolución judicial que disponga otro extremo, el gasto relativo a los libros de texto no es posible considerarlo como extraordinario, pues afecta directamente a la educación de la prole, se incluye en el concepto ordinario señalado el artículo 142 del Código Civil, de modo que, aun generándose dicho gasto con ocasión del comienzo del curso escolar, con independencia de los que se pueden generar en este apartado a lo largo del mismo, es lo cierto que se trata de un gasto previsible y periódico y, por ende,

incluido en la pensión de alimentos. Por ello, no es posible su exigencia como gasto extraordinario, por lo que debe estimarse el recurso en este apartado.

Asimismo, no consta que la situación física afectante a la hija, en relación a su enfermedad, se haya producido con posterioridad a la sentencia de separación, por lo que el gasto de farmacia también resultaba previsible y periódico, sin que tampoco se pueda decir que sea excesivo, lo que se deduce en razón de la prueba documental aportada, todo lo cual también determina la exclusión de este concepto del capítulo de gastos extraordinarios.

Por todo lo anterior, debe estimarse el recurso interpuesto, para rechazar la ejecución en la cuantía de 331,14 euros, a la sazón, el 50% del importe de los libros de texto y del gasto de farmacia, manteniendo la ejecución despachada en la cantidad restante, y por el concepto de atrasos adeudados de la pensión de alimentos.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Son gastos extraordinarios los derivados de asistencia psicológica de la menor en un centro privado: el cambio de un centro público a uno privado está justificado y se considera preciso, dadas las complicaciones de la hija preadolescente que requieren una mayor periodicidad.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, AUTO DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Eluzburu Aguirre

El artículo 142 del Código Civil establece, y por lo que ahora interesa que, se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y en el procedimiento de separación se fijó una pensión de alimentos a cargo del ahora recurrente y a favor de la hija, hija que continúa siendo menor de edad. Ahora bien, no cabe sino entender que dicho precepto, se refiere a las necesidades ordinarias, y no a las extraordinarias que, por tanto, no se encuentran cubiertas por la pensión por alimentos establecida, circunstancia esta refrendada por los pronunciamientos ya reseñados. Y dado que: a juicio de esta Sala, merecen la consideración de gastos extraordinarios, entre otros, los gastos médicos o farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, cuya entidad o periodicidad (ortodoncia, psicólogo, etc.), así lo requieran; que si bien, en el presente caso, la hija menor Juana ha sido atendida en la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil de Álava perteneciente al Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, el cambio al Centro de Psicoterapia Urkar, de carácter privado, que es lo que ha dado lugar al devengo del gasto, merecedor del calificativo de extraordinario, conforme a lo ya expuesto, objeto de la controversia, se encuentra justificado y se considera preciso, por las importantes complicaciones que la menor presenta y la mayor periodicidad que se pueda llevar que es lo más conveniente para ella, al estar en la preadolescencia y poderse agravar la problemática mucho más seriamente en su desarrollo, conforme se recoge en el Informe sobre la asistencia psicológica que recibe Juana en el Centro de Psicoterapia Urkar, y se presenta plenamente lógico y razonable, mayor periodicidad que se ha logrado, sin duda alguna, con dicho cambio; que tal cambio, y su coste, fue puesto en conocimiento del ahora apelante, quien incluso ha venido abonando la mitad correspondiente a dicho gasto extraordinario durante varios meses; ... que el Informe sobre la asistencia psicológica que recibe Juana en el Centro de Psicoterapia Urkar, es claro al expresar que, el único contenido de las sesiones con Pilar ha sido Juana y cómo ayudarla en cada momento; que el cambio, como ya se ha dicho, se encuentra justificado, se considera preciso, y de ningún modo se presenta como un mero capricho de la madre, por lo que las explicaciones en su día ofrecidas al respecto por ésta, cuya confirmación podía haber interesado el ahora apelante, pasan a un plano secundario; que, con ello, de ninguna forma, se crea un subterfugio anulando la resolución de esta Sala, atendiendo a lo ya expuesto sobre la misma, y conforme a una lectura total, y no meramente parcial, de ella, y, debiendo incidirse, por último, en que lo que subyace, en todo este asunto, es la salud, y no otra cosa, de la hija menor, esta Sala llega a la conclusión de que procede la desestimación del recurso de apelación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El gasto de clase de repaso de inglés de la hija no es extraordinario: ya existía al momento de la separación y se tuvo en cuenta para fijar la cuantía de la pensión de alimentos, por lo que ha de reputarse como un gasto ordinario. Definición general de gastos extraordinarios.

AP BALEARES, SEC. 3.ª, AUTO DE 4 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Gómez Martínez

La pretensión de la parte ejecutante, ejercitada en 1.ª Instancia y reiterada mediante la interposición del presente recurso, es que se consideren gastos extraordinarios los correspondientes a las clases de repaso de inglés.

A esta pretensión se opone el ejecutado apelado aduciendo que dicha actividad extraescolar ya fue tenida en cuenta en la cuantificación de la pensión alimenticia establecida en el convenio regulador, por lo los gastos que genera deben ser reputados ordinarios. Además alega que las clases se han decidido unilateralmente por la madre, sin consentimiento del padre que prefiere que la niña acuda a una academia y no a una profesora particular, por lo que debe ser la ejecutante quien satisfaga su importe.

La pensión alimenticia comprendida en el artículo 93 del Código Civil dentro de la contribución a las cargas del matrimonio que debe formar parte, necesariamente, del contenido de la sentencia que declara la separación o el divorcio, no es sino la concreción, para situaciones de crisis matrimonial, de la obligación general de prestar alimentos derivada del parentesco que se regula en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, preceptos que, en cuanto regulan el contenido y la cuantificación del derecho de alimentos son plenamente aplicables a la pensión alimenticia del artículo 93. Al fijar el importe de tal pensión, con la que el progenitor apartado del hogar familiar y compañía de sus hijos, ha de contribuir al levantamiento de dichas cargas familiares, han de valorarse las necesidades de la familia tomando en consideración el uso del lugar y sus circunstancias (artículos 93 y 1319 del Código Civil), las posibilidades del alimentante y necesidades del alimentista (artículo 146), los recursos económicos de ambos progenitores (artículos 145.1.º y 1438), y el uso por el cónyuge a quien éste se atribuya y sus hijos de la vivienda familiar, ya que la habitación forma parte del contenido del derecho de alimentos (artículo 142).

El pronunciamiento sobre pensión alimenticia forma parte necesaria del contenido de la sentencia de separación o divorcio (artículos 90 y 93 del Código Civil). En cambio, el concepto de «gastos extraordinarios» ni ha de estar incluido obligatoriamente entre las medidas derivadas de la separación o el divorcio ni tiene un contenido predeterminado por la ley, lo que no quiere decir que no sea utilizado con frecuencia en la práctica como previsión eventualmente aplicable en el caso de que surja un gasto que no se tuvo en cuenta a la hora de fijar la pensión alimenticia, siendo por esta razón, es decir, por la dificultad de calcular su importe, por lo que suele establecerse una participación de ambos progenitores al 50% o en proporción a sus respectivos ingresos.

Por gastos extraordinarios suelen entenderse aquellos destinados a la satisfacción de necesidades de los hijos, que aun siendo de naturaleza alimenticia (sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e incluso lúdicos), no son periódicos sino que resultan, en principio, excepcionales, fuera de las previsiones cotidianas de una familia. Los gastos extraordinarios son, por definición, aquellos que pueden considerarse como fuera de lo común o de la regla general, que se devengan puntualmente y no con periodicidad.

En consecuencia, la determinación de si un gasto queda incluido en la pensión alimenticia o en el concepto de «gasto extraordinario», difícilmente podrá hacerse de manera general y habrá de estarse a cada caso concreto y a la configuración de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares en cada convenio regulador o sentencia.

Pues bien, es un hecho acreditado en autos que, antes de la crisis familiar, la hija del matrimonio acudía a clases de repaso de inglés. Además, en el hecho quinto de la demanda de separación el concepto «repaso de inglés» se tiene en cuenta por la madre, hoy ejecutante, en el cómputo de la pensión de alimentos. Por estas razones, el sostener hoy que se trata de un gasto extraordinario, imprevisible, supone, en cierta medida, ir contra sus propios actos.

Por todo ello, el auto de 1.ª Instancia en el que se considera que las clases de inglés suponen una carga económica comprendida en la pensión alimenticia deberá ser confirmado.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Procede la reducción de la pensión alimenticia al haber pasado el obligado al pago a la situación de jubilado y percibir 362,54 euros; se fija la cuantía de la pensión en 70 euros mensuales como mínimo indispensable para subvenir a las necesidades del hijo.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 4.ª, AUTO DE 17 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Pablo José Moscoso Torres

En los autos núm. 414/05 del Juzgado de 1ª. Instancia núm. 5 de La Laguna, promovidos por los trámites del procedimiento de modificación de medidas adoptadas en proceso matrimonial, se dictó auto, el veintiocho de junio de dos mil cuatro, en cuya parte dispositiva literalmente se acordaba lo siguiente: «Que estimando parcialmente la petición de modificación de medidas instada por la Procuradora Sra. Casanova Macario, en nombre y representación de Juan Antonio contra María Milagros procede rebajar la pensión de alimentos fijada en la sentencia de divorcio tramitada en los autos 601/2000 a cincuenta euros (50 euros), todo ello sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas».

La resolución apelada justifica debidamente la modificación de la medida acordada. En efecto y al margen de la condena penal impuesta con anterioridad al apelante por falta de pago de la pensión acordada, lo que ha quedado acreditado es que en el momento anterior de la separación se encontraba en situación laboral activa y trabajaba, como la misma demandada reconoció en el acto del juicio; en la actualidad, sin embargo, sólo recibe una pensión de jubilación por importe de 362,54 euros. Naturalmente y si ello es así, se ha producido la alteración que justifica la modificación acordada.

Ahora bien, la misma resolución apelada razona en que la modificación no puede alcanzar la cantidad pretendida en la demanda, pues también razona que los embargos que gravan sus ingresos le son imputables por no haber pagado la pensión. Precisamente, este tribunal no sólo comparte esa opinión, sino que además considera que la reducción producida hasta fijarla en sólo 50 euros es excesiva; no cabe duda de que esta cantidad no puede cubrir las necesidades mínimas de subsistencia de la menor (ni siquiera la inicialmente fijada de 90 euros alcanzaría para ello), y que la obligación del apelante de atender a esas necesidades es una obligación esencial e ineludible a la que debe necesariamente subvenir como inserta en los deberes primarios de la patria potestad (artículo 154.1.º del Código Civil). Por ello, considera el tribunal que la pensión debe reducirse sólo hasta 70 euros que es el mínimo indispensable que, en función de los ingresos acreditados del actor, deber abonar para cumplir con ese deber ineludible.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Procede estimar la modificación de medidas en base a que las necesidades de la hija con 15 meses de edad, eran muy inferiores a las que precisa con 13 años, y se entiende ajustado a derecho incrementar la pensión proporcionalmente al incremento del salario que el padre ha tenido durante el transcurso de todos esos años. Criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la proporcionalidad que ha de regir en la fijación de las pensiones alimenticias.

AP TOLEDO, SEC. 2.ª, AUTO DE 17 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Manuel De la Cruz Mora

La parte actora, demanda al padre de su hija Verónica, en la actualidad de 13 años de edad, para la elevación de la cuantía de los alimentos pactados en escritura notarial (convenio) entre los progenitores, el 9 de julio de 1992, alegando que las circunstancias habían cambiado esencialmente desde que dicho acuerdo se tomó, porque entonces Verónica contaba con quince meses de edad y hoy tiene trece años, de suerte que las 25.000 pesetas (150 euros) fijados como alimentos para la hija en

aquel momento, son notablemente insuficientes para atender a las necesidades de una niña de 13 años, en relación a los conceptos establecidos en el artículo 142 del Código Civil, esto es, habitación, vestido, manutención, asistencia médica, instrucción o educación, haciendo hincapié además en que la situación económica de la madre ha variado porque en aquella época trabajaba (trabajo por cuenta ajena) y ahora se ha quedado sin empleo, viviendo con otra pareja, así como, que el sueldo del padre ha experimentado un aumento que puede considerarse substancial y le permite mayor atención económica hacia la hija.

La sentencia da por probados todos y cada uno de los hechos en los que la demandante basa su demanda y eleva la cuantía de los alimentos, de los 217 euros que actualmente abonaba (por incremento del IPC) el padre, a 300 euros mensuales, revisable en el futuro conforme al IPC.

La demandante recurre la resolución por entender que no se ajusta a lo probado la cantidad señalada en el Auto, estimando más justa la cuantía de 420 euros al mes, solicitada en su demanda.

Que la modificación de los acuerdos convenidos por partes, puede atenderse cuando se alteren substancialmente las circunstancias.

Admitida la modificación de circunstancias (no es lo mismo una pensión para una niña de un año que para una de trece), la cuestión se centra en determinar la justicia de la cuantía decretada en la 1.ª Instancia.

De conformidad con la doctrina legal y jurisprudencial en la materia, debe señalarse:

«Que para la fijación de la pensión de alimentos a favor de los hijos en supuestos de crisis matrimoniales deben tenerse en cuenta los ingresos de cada uno de los litigantes, los cuales permitirán fijar la proporcionalidad, y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146, y 147 del Código Civil, la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, normativa que no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance, solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades del otro (*vid.:* SSTS de 14 de febrero de 1976 y 5 de noviembre de 1983); cuantía de la deuda alimenticia que será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia y cuyo criterio sólo puede evitarse cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas.»

Tal y como reiteradamente tiene reconocido la doctrina y jurisprudencia, en cuanto a los alimentos para los hijos, la separación o la ruptura del vínculo matrimonial, en modo alguno, hacen perder la relación de filiación, que, a tenor de lo normado en los artículos 143, 144 y 145 del CC, da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y crea obligación a éstos de prestarlos (STS de 29 de junio de 1988) en los casos en que así proceda (STS de 10 de julio de 1979). La determinación de la cuantía de los alimentos, proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (artículo 146 CC), es facultad del Juzgador de instancia –y por ende de la presente Sala– (SSTS de 20 de diciembre, 28 de junio de 1951, 21 de diciembre de 1951, 30 de diciembre de 1986, 18 de mayo de 1987 y 28 de septiembre de 1989), estando informada toda la normativa legal, reguladora de las medidas relativas a los hijos, por el criterio fundamental del *favor filii* (SSTS de 31 de diciembre de 1982 y 2 de mayo de 1983). A efectos de la fijación de alimentos, lo que el artículo 146 del CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quien haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia (SSTS de 6 febrero de 1942, 24 de febrero de 1955, 8 de marzo de 1961, 20 de abril de 1967, 2 de diciembre de 1970, 9 de junio de 1971 y 16 de noviembre de 1978) relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación, ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado «mínimo vital» o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia de la menor en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos, y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al que deben coadyuvar sus progenitores por razón de las obligaciones asumidas por los mismos por su condición de tal.

En el presente caso, el aumento establecido en la resolución apelada es proporcionalmente superior al que correspondería por lo pactado al aumento del salario del padre, que en 1991 era de 165.476 pesetas (994 euros) y hoy es de 270.500 pesetas (1625 euros), lo que haciendo una regla de tres nos daría la proporción de 40.800 pesetas, habiéndose concedido 300 euros (50.000 pesetas) al mes, y continuando vigente el convenio respecto al abono de la mitad de los gastos extraordinarios derivados de enfermedad, estudios, viajes, etc., de la hija, Verónica, lo que en la práctica supondrá que dichos gastos pueden ser reclamados por la madre siempre que se produzcan, aumentando la cuantía de la pensión mensual ya reconocida.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede la extinción de alimentos de la hija de 21 años por haber repetido dos cursos escolares.

AP LUGO, SEC. 1.ª, AUTO DE 18 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Josefa Ruiz Tovar

Interpone recurso de apelación el demandante, que vio desestimada su pretensión en la instancia de extinción de la pensión de alimentos a su hija, que en julio de 2005 cumplió 21 años, invocando error en la apreciación de la prueba. Pues bien; fijados los alimentos por sentencia de separación de 2 de noviembre de 1993, confirmada por la Audiencia Provincial el 26 de febrero de 1994, actualmente 114,19 euros, no puede sostenerse seriamente que tal mínimo vital deba de ser extinguido, porque la hija haya repetido dos cursos escolares. Como con acierto resalta la sentencia apelada, no hemos llegado al extremo de parasitismo social o de dejación, único supuesto en que se permitiría por el TS la supresión. Por el contrario, suprimida ya la pensión compensatoria a la esposa el 3 de julio de 2002, por sentencia también de esta Audiencia Provincial, parece de todo punto correcto –dadas las dificultades de acceso a la vida laboral– el criterio de la sentencia apelada de darle la oportunidad a lo reseñado de continuar estudiando el Bachillerato nocturno en Monforte, antes del inicio de un trabajo sin la menor cualificación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede en el procedimiento de divorcio declarar extinguida la pensión compensatoria otorgada a la esposa en la separación, al haber adquirido nuevos inmuebles que ella misma reconoce destinar a arrendamiento.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

Que en fecha 3 de noviembre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Getafe (Madrid), se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Fallo: Que estimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don José Miguel Bobillo Garvía, en nombre y representación de don José Ignacio, contra doña Ariadna, representada por la Procuradora doña Susana García García, sobre divorcio, debo acordar y acuerdo la disolución del matrimonio de ambos litigantes celebrado en Madrid el día uno de septiembre de 1969 e igualmente debo declarar y declaro extinguida la pensión compensatoria reconocida a esta última por sentencia de separación de fecha 17 de febrero de 1997, todo ello sin expresa condena en costas».

Notificada la anterior resolución se preparó e interpuso Recurso de Apelación por la representación de doña Ariadna, oponiéndose de contrario en los escritos que figuran en autos.

Ciertamente si bien concurren en el divorcio circunstancias ya contempladas o que pudieran ser contempladas en la separación matrimonial, como es el reparto de los bienes gananciales y otras debidas a circunstancias nuevas por cargas familiares; es cierto que la situación económica y patrimonial de la esposa ha mejorado sensiblemente con relación a la época de la separación por la nueva adquisición de bienes inmuebles, que ella misma reconoce destinar al arrendamiento; situación económica y patrimonial del esposo que no se ha acreditado de forma indirecta o indiciaria; por todo ello, en el divorcio no concurren los presupuestos necesarios conforme el artículo 97 del Código Civil, que el reconocimiento de pensión compensatoria que en su día fue reconocida por sentencia de separación matrimonial.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede pensión compensatoria para la esposa pese a existir diferencias en los ingresos de ambos cónyuges: ambos pueden subvenir al pago de sus propias necesidades, sin perjuicio de que cada uno tenga la posición económica que le corresponde según sus actitudes y capacidad para generar recursos.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 22 de junio de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Móstoles, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: fallo: «Que declaro la separación matrimonial de los cónyuges don Juan Pedro y doña Leticia, estableciéndose las siguientes medidas, que regirán los efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia matrimonial.

Se desestima la petición de pensión compensatoria formulada por la esposa.

Notificada la anterior resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de doña Leticia a fin de conseguir su revocación y la Sala, en su lugar, se solicita para esta parte pensión compensatoria en cuantía de 250 euros al mes, y todo ello en virtud de lo argumentado en el escrito de fecha 21 de septiembre de 2004.

En cuanto al motivo relativo a la pensión compensatoria; cabe adelantar para una mejor comprensión de lo que después se dirá, que el presupuesto fáctico determinante del nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, tal como lo recoge el artículo 97/1 del CC es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede significar la separación o el divorcio en relación con la posición del otro y que lleva a un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Con la pensión compensatoria se pretende, en cierta medida, perpetuar tras la ruptura de la convivencia conyugal la situación económica habida durante la misma. Por ello, para valorar el empeoramiento a que hace referencia el Código, debemos comparar el *status* económico del matrimonio con la situación económica del cónyuge que pide la pensión. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y los divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de ambos con la tenida en período de convivencia; por ello, la mayoría de la doctrina, al hilo de lo que antecede afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de ambos, sino hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma, en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes o capacidades para generar recursos económicos. Pues bien, partiendo de lo que antecede y del estudio de las actuaciones; cabe decir ya que procede desestimar también este motivo por cuanto no debe olvidarse que estamos en momento de patología matrimonial y ello se debe notar y que ambas partes perciben ingresos de sus respectivas fuentes, él por jubilación y como profesor de música, y ella, lo hace según su hoja de vida laboral desde hace cuatro años, tres meses y cuatro días y en la actualidad lo sigue haciendo, y sus ingresos son o deben ser los justos y acoplados a las actitudes y aptitudes de cada parte y que deben ser suficientes para que cada parte atienda a sus propias necesidades. En estos supuestos, en el ámbito de Familia, no debe hablarse de desequilibrio, aunque exista en lo aritmético, y no entra en juego el artículo 97 del CC. En efecto, es doctrina jurisprudencial existente con carácter general para casos análogos desde junio de 1985 que dice: «Contando ambos cónyuges con ingresos propios de sus respectivas fuentes, no hay motivos para estimar que la separación o el divorcio haya de producir desequilibrio económico en ninguno de ellos, por lo que no es de aplicación el artículo 97 del CC». Se confirma la sentencia de instancia que en el caso no concedió pensión por desequilibrio del artículo 97 del CC (compensatoria).

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque en el Convenio Regulador se pactara que la pensión compensatoria de la esposa era «vitalicia», dicha medida está dentro del contenido del Convenio Regulador del artículo 90 del CC, con validez *rebus sic stantibus* y no afectada por el principio de cosa juzgada, siendo posible su modificación si se produce una alteración sustancial de las circunstancias.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Dolores Viñas Maestre

La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: «Fallo: Estimo la demanda interpuesta por el procurador don Antonio M.ª de Anzizu Furest en nombre y representación de don Armando contra doña Juana, representada por el procurador don Rafael Ros Fernández y acuerdo declarar extinguida la pensión compensatoria fijada a favor de la demandada, con modificación de la sentencia de fecha 20 de noviembre de 1986, sin hacer expresa imposición de costas».

El primer motivo del recurso contra la declaración de extinción de la pensión compensatoria, hace referencia a la ausencia de pronunciamiento respecto a la naturaleza vitalicia de la pensión reconocida a la esposa en el convenio regulador, en el que el marido asumió la obligación de pagar una pensión de por vida. Ciertamente la sentencia de 1.ª Instancia no se pronuncia sobre esta cuestión, que fue debidamente planteada en la contestación a la demanda formulada verbalmente en la comparecencia del procedimiento, lo que obliga a la Sala a enjuiciar esta cuestión.

Como antecedentes necesarios para resolver sobre el tema, se pone de manifiesto que ambos cónyuges suscribieron el 14 de marzo de 1984 un convenio privado de separación; que el contenido de dicho convenio fue ratificado por otro convenio de fecha 17 de octubre de 1986 que fue homologado o aprobado por la sentencia de divorcio de 20 de noviembre de 1986, de manera que las cláusulas contenidas en el convenio de 1984 son las que integran el convenio homologado por la sentencia de divorcio. En el referido convenio se pacta, entre otros extremos, que «para la subsistencia de la esposa y mientras no conviva con los hijos habidos del matrimonio, el esposo se compromete a pagar una pensión mensual de por vida de 80.000 pesetas pagaderas el último día de cada mes, en el domicilio de la esposa, el importe de esta pensión será revisable cada año en función de las variaciones salariales del esposo, estableciéndose la primera revisión del último día del año 1985». Las partes acuerdan por tanto que el Sr. Armando abone a la Sra. Juana una pensión de por vida. El convenio regulador viene siendo considerado por nuestros Tribunales como un «negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada, que como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial como *conditio iuris*», según ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 1997, sentencia que reconoce que los convenios no aprobados también tienen la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico. Debe afirmarse por tanto que el pacto por el cual una de las partes asume la obligación de abonar una pensión de por vida, constituye un contrato entre ambas partes como manifestación de autonomía de voluntad y con los límites establecidos en el artículo 1255 del Código Civil, por lo que despliega todos sus efectos siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público, circunstancias que no concurren en el caso de autos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el pacto se halla contenido en un convenio regulador, cuyo contenido viene regulado en el artículo 90 del Código Civil y el apartado 3.º de dicho precepto dispone claramente que «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», es decir, que las medidas adoptadas judicial o convencionalmente en una sentencia de divorcio, no están afectadas por la santidad de la cosa juzgada y es posible su modificación cuando se ha producido un cambio o alteración sustancial de circunstancias. La misma normativa ha sido recogida por la legislación posterior a la firma del convenio de autos, así el artículo 80 del Código de Familia y el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las medidas secundarias derivadas de un pronunciamiento de separación o de divorcio tienen por tanto una validez *rebus sic stantibus* de manera que si la realidad existente en la época en la que fue suscrito el convenio se ha visto modificada de forma sustancial, la medida reguladora de aquella realidad debe ser modificada

y adecuada a la nueva realidad. Es por ello que debe examinarse la situación actual de ambos litigantes para determinar si procede o no acordar la extinción de la pensión que el esposo se comprometió a abonar de por vida a la esposa en el convenio regulador del año 1984.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede la pensión compensatoria solicitada por la esposa: es vinculante y totalmente válida la renuncia que se contenía en un Convenio de separación que finalmente no fue ratificado por el esposo. El Convenio no homologado judicialmente es un negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre que no vulnere el artículo 1255 CC ni sea contrario al interés de los hijos menores de edad. Ante el incumplimiento de los acuerdos patrimoniales que en él se contengan, deberá la parte interesada acudir al procedimiento ordinario correspondiente.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: «Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Víctor de Daniel i Carrasco Aragay en representación de doña Angelina contra don Carlos Antonio representado por el Procurador de los Tribunales don Rafael Ros Fernández debo declarar la separación legal del vínculo matrimonial por ellos formado con todos los efectos legales inherentes a la anterior declaración estableciendo como efectos reguladores de la ruptura del matrimonio los siguientes: Quinto.– Procede fijar en concepto de pensión compensatoria a favor de la Sra. Angelina y con cargo al Sr. Santiago la cantidad de 200 euros mensuales a abonar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta señalada al efecto por la actora y actualizable cada primero de enero con arreglo al IPC durante tres años. No procede realizar expresa imposición de las costas procesales. Estas medidas sustituyen a cualesquiera otras que se hubieren adoptado con anterioridad».

Frente a los pronunciamientos de la sentencia de instancia se alza el marido demandado, a través del presente recurso de apelación, aduciendo como único motivo del mismo, la fijación por parte de la Juez *a quo* de pensión compensatoria a favor de la esposa, al estimar improcedente su concesión. La demandante, aquí apelada, ha solicitado la íntegra ratificación de la resolución impugnada.

Planteada así la problemática litigiosa en esta alzada, es de señalar, ante todo, que para la correcta solución de la presente controversia, no puede obviarse la existencia de un hecho realmente trascendente, cual es que los propios litigantes suscribieron un convenio regulador de su ruptura convivencial –acaecida a mediados de agosto de 2002– en fecha 10 de marzo de 2003 (folios 17 al 19), el cual no fue homologado judicialmente, por falta de ratificación por parte del marido, y por tanto, con carácter previo, deberá dilucidarse si el mismo tiene o no virtualidad y eficacia jurídica.

Sentado lo precedente, es de reseñar que la cuestión primordial a resolver es la de la naturaleza jurídica del convenio regulador –previsto en los artículos 80 del Código de Familia y 90 del Código Civil–, en las situaciones de crisis matrimonial, que no ha obtenido la aprobación judicial. Es criterio reiterado de esta Sala, así por destacar sólo algunas de las más significativas, sentencias de 10 de diciembre de 1998, 17 de febrero, 10 de marzo, 10 de septiembre y 27 de diciembre de 1999, 10 de julio de 2000, 25 de junio de 2002, 7 de octubre de 2004 y 23 de junio de 2005, que la falta de ratificación del convenio no le priva a éste de eficacia, puesto que, si no se ha probado la concurrencia de algún vicio del consentimiento –en las presentes actuaciones no se ha acreditado en modo alguno que el convenio regulador de referencia fuere firmado con *vis absoluta* o con *vis compulsiva*– o con la concurrencia de cualquier otro de los vicios del consentimiento enumerados en el artículo 1265 del CC, lo cual, por otra parte, no ha sido siquiera

alegado –antes al contrario, en el interrogatorio practicado la esposa ha reconocido expresamente la realidad de su contenido, invocando únicamente el incumplimiento de algunos de los pactos del mismo por parte de su marido–, debe entenderse el convenio suscrito *inter partes* como un negocio jurídico de Derecho de familia, con plena y total virtualidad, al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 1255 y siguientes del Código Civil. Por tanto, el valor del convenio regulador de la separación, no aprobado judicialmente, es indudable, y así lo entiende también el Tribunal Supremo, al proclamar en sus sentencias de 22 de abril de 1997 y 21 de diciembre de 1998, que: «No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico». En consecuencia, el convenio no homologado judicialmente, debe ser tomado en consideración como manifestación de voluntad de las partes, como negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere lo dispuesto en el referido artículo 1255 del Código Civil y no sea contrario a los intereses de los hijos menores de edad.

Hecho este preámbulo, y partiendo de los principios básicos que sustentan todo recurso de apelación, cuales son: *tantum devolutum*, *quantum apelatum* y el de la «proscripción de la reformatio *in peius*», preciso es entrar seguidamente a examinar el único motivo de apelación formulado por el esposo demandado, esto es, la procedencia o no de la pensión compensatoria concedida a favor de la esposa y a cargo del marido, y al respecto debe constatarse, partiendo de la fuerza vinculante del convenio en todas aquellas cuestiones relativas al Derecho de familia que no sean de orden público, que los cónyuges hoy en litigio en el indicado convenio de 10 de marzo de 2003, concertaron de forma expresa en el pacto quinto del mismo: «Los cónyuges renuncian a solicitarse entre ellos cualquier tipo de pensión compensatoria por el tiempo de matrimonio en base a su total independencia económica» (*vide* folio 18 vuelto *in principio)*, por lo que, ante la claridad de los términos utilizados por los contratantes, que no ofrecen duda alguna sobre su intención –*in claris non fit interpretatio*– (artículo 1281 del CC), efectivamente, debe prosperar la pretensión del aquí apelante de que no se establezca pensión compensatoria alguna en favor de la esposa y que, por ende, quede sin efecto la suma fijada por la Juzgadora de Instancia por el susodicho concepto, toda vez que, de una parte, tal renuncia –clara, rotunda y contundente–, no viene sujeta a condición alguna, y, de otra, que el comportamiento contractual posterior del marido no puede reavivar y hacer resurgir una pensión que en su día fue expresamente renunciada.

Cuestión distinta a la que aquí nos ocupa son las consecuencias que puedan derivarse del incumplimiento del referido convenio por parte del esposo, y así acudiendo y tomando en consideración, tal como apunta la propia Juez *a quo*, la normativa del derecho de obligaciones, la aquí actora-apelada, puede, obviamente, acudir al juicio ordinario correspondiente a fin de reclamar y de exigir el cumplimiento de todos los acuerdos patrimoniales del convenio, contenidos en el pacto sexto del mismo y que no han sido debidamente cumplidos por el marido (mismo folio 18 vuelto y folio 19), pues, teniendo derecho aquélla a ser reintegrada respecto de lo acordado *inter partes*, tal cuestión, en atención a lo solicitado asimismo en esta alzada, escapa y excede de los pronunciamientos propios y específicos del proceso matrimonial –artículo 76 CF–, por lo que el incumplimiento del convenio por parte del esposo no podrá valorarse y dilucidarse en el presente procedimiento, sino, cual antes se ha indicado, en el ordinario pertinente.

Consecuentemente con todo lo hasta aquí expuesto, procede estimar el recurso formulado y revocar en parte la sentencia impugnada, en cuanto se suprime la pensión compensatoria erróneamente fijada a favor de la esposa.

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Santiago, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de 1.ª Instancia núm. Diecinueve de Barcelona, en fecha doce de julio de dos mil cuatro, debemos revocar y revocamos la mentada resolución, en el exclusivo particular de dejar sin efecto la pensión compensatoria fijada por la Juez *a quo* a favor de la esposa y a cargo del marido en el ordinal quinto del fallo de la misma; confirmándose la sentencia de instancia en todos sus restantes pronunciamientos y efectos. Ello, sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes litigantes.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Extinción de la pensión compensatoria por haberse cumplido la condición resolutoria pactada en el Convenio: la esposa ha accedido al mercado laboral y sus ingresos superan los 300 euros mensuales. Habiéndose cumplido la condición, es indiferente que subsista el desequilibrio entre los ingresos de los esposos. Además, la esposa percibe rentas de inmuebles que le fueron adjudicados en el momento de la separación, rendimientos que no se tuvieron en cuenta en el clausulado del Convenio.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

Frente a la sentencia de instancia que estima en parte la demanda rectora de la litis y mantiene subsistente la compensatoria fijada en su día a favor de la esposa demandada, se alza el actor, a través del presente recurso de apelación, reiterando su solicitud de que se decrete la supresión sobre la base de haber variado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de dictarse la sentencia de separación que aprobó el convenio regulador por ellos suscrito. La demandada y aquí apelada se opone a la pretensión del demandante, aduciendo que no se han cumplido las condiciones previstas en dicho convenio para dar lugar a la extinción por lo que deben ambas mantenerse, postulando, por ende, la íntegra ratificación de la resolución impugnada.

Planteada así la problemática litigiosa en esta alzada, es de señalar, que de la prueba obrante en los autos y en el rollo de apelación, resulta con fuerza de evidencia que en el caso enjuiciado se ha cumplido, efectivamente, la doble condición resolutiva pactada por los propios consortes en el convenio regulador de su separación de fecha 14 de marzo de 2000, aprobado judicialmente por la sentencia de separación conyugal dictada el día 6 de mayo de 2000 (folios 8 al 12), pues en la fecha en que las partes hoy en litigio suscribieron el referido convenio, la esposa, hoy apelada, no realizaba actividad laboral alguna.

Igual suerte estimatoria debe correr el segundo motivo del recurso del demandante, es decir la supresión de la pensión compensatoria de la esposa por haberse cumplido la condición establecida en el pacto Sexto, párrafo segundo, del convenio regulador de la separación de constante referencia, que reza: «La referida pensión cesará en caso de que la esposa se incorpore en el mercado laboral. En este último caso si los ingresos mensuales son inferiores a 50.000 pesetas, el esposo abonará la diferencia hasta completar esa cantidad» (*vide* folio 9 *in principio*). Pues bien, en cuanto a tal medida ha quedado asimismo demostrado que la esposa, con posterioridad al dictado de la sentencia de separación conyugal, inició un negocio de guardería, denominado «El Cauet», del que en la actualidad ella es la única propietaria, de lo cual resulta que se ha cumplido la primera condición para dar lugar a la cesación de la pensión compensatoria fijada a su favor –incorporación al mundo laboral–, siendo de añadir que, aunque ésta niegue que los beneficios que obtiene por su negocio no alcanzan los 300 euros mensuales, ello, pese a la documentación adjuntada –por cierto incompleta, incluso desde un ámbito meramente fiscal– no resulta creíble por el Tribunal, máxime cuando se trata de un hecho notorio que la continuidad de un negocio implica la obtención de ingresos, y aún más cuando éste tiene por objeto, primordial y especialmente, el cuidado de niños; ello, sin poder ignorar, a diferencia de lo aducido por la demandada, que ésta, con posterioridad a la sentencia de separación matrimonial, está percibiendo una serie de rentas mensuales, que superan también la indicada suma, resultando jurídicamente irrelevante a tales efectos que las mismas dimanen o deriven de los bienes adjudicados a la esposa en el proceso de separación, pues, lo cierto, es que, en contra de lo indicado por el Juez *a quo*, el rendimiento que respecto de tales inmuebles podía llegar a obtener la esposa, no se tuvo en cuenta, ni se computó, en el clausulado del convenio regulador de aquélla.

Por ello, es de concluir que el Juzgador de Instancia, tras reconocer la realidad de la condición resolutoria en su día pactada por las propias partes hoy en litigio, ciertamente ha errado al no declarar extinguida la pensión compensatoria fijada en el proceso de separación conyugal, toda vez que en el supuesto que nos ocupa no puede supeditarse la supresión de tal pensión al desequilibrio que pueda existir entre los ingresos de uno y otro litigante, pues esta circunstancia no se contempló en el momento de suscribirse el convenio regulador de su separación, en el que se estableció por los pro-

pios esposos una concreta cuantía en concepto de pensión compensatoria hasta que la mujer se incorporase al mundo laboral con unos ingresos mínimos para su subsistencia, lo cual, como antes se ha indicado, efectivamente así ha acontecido, lo que comporta, en definitiva, que al haber desparecido la causa que motivó que se fijara aquélla, deba declararse la extinción del mentado derecho a pensión compensatoria que ostentaba la Sra. Elisa, a tenor de lo estatuido en los artículos 101 del Código Civil y 86.1.a) en relación con el artículo 80.2, ambos del Código de Familia.

CONVENIO REGULADOR

No existiendo en autos datos que aconsejen una desviación del acuerdo, ha de resultar vinculante el importe de pensión de alimentos para una hija mayor de edad, pactado por los cónyuges en un Convenio Regulador que finalmente no fue ratificado judicialmente: los cónyuges son quienes tienen pleno y absoluto conocimiento de las más íntimas necesidades y posibilidades de los interesados.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Nuño

La sentencia de 18 de febrero de 2004 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Vilanova i la Geltrú, Barcelona, en el curso de los autos de separación núm. 420/2003 estimaba parcialmente la demanda interpuesta por Teresa contra Germán, declarando la separación de ambos cónyuges con los efectos legales inherentes a dicha declaración y con la adopción de las medidas que se concretan en la indicada resolución, en concreto fijando en 200 euros mensuales la suma correspondiente en concepto de alimentos a favor de su hija y a cargo de Germán.

Frente a esta resolución, consta recurso de apelación suscrito por Germán y que concreta en su discrepancia con la cuantía de la suma reconocida en concepto de alimentos a favor de los hija del matrimonio ya mayor de edad, considera para ello la situación económica del mismo y las necesidades de aquélla, manifestadas en la propuesta de convenio no ratificado así como en la postura procesal manifestada de contrario a lo largo de la causa. Por parte de la apelada y en el traslado preceptivo, se interesó la confirmación de la resolución de instancia.

Habremos de tener en cuenta, para la adecuada resolución de esta causa, la situación convenida por las partes a través de propuesta de acuerdo no ratificada judicialmente, tanto la sentencia de instancia como los escritos de las partes analizan y determinan el valor efectivo que debe atribuirse a tal acuerdo, y así la resolución recurrida lo toma en muy especial consideración si bien, en el apartado relativo a al fijación de la cuantía correspondiente a los alimentos de la hija del matrimonio, ahora mayor de edad, aun admitiendo su pertinencia entiende que tanto de las posibilidades económicas del obligado como de la indeterminada necesidad de aquélla, cuyos ingresos ni naturaleza del trabajo que desempeña no han sido convenientemente concretados, resulta prudente la fijación de la suma de 200 euros mensuales, separándose de la establecida entre las partes en el convenio no ratificado. Sobre esta base hemos de señalar nuestra conformidad con la doctrina expresada por la resolución de instancia en torno a la no estricta vinculación del contenido de este acuerdo a la decisión a adoptar en la cual, sobre los elementos probatorios aportados y con la finalidad atribuida al Juzgador de velar por la regularidad de las medidas pertinentes, podrá modificar razonadamente aquél más, como podemos comprobar en esta causa, así no ha sucedido en la presente en cuanto, no discutida por parte alguna la necesidad de establecer una cantidad en concepto de alimentos para la hija mayor de edad, la cuantificación de ésta se hace de modo prudente por la Juzgadora mas sin base efectiva que permita conocer cuál es el real nivel de ingresos de la beneficiaria siendo así, por otro lado, que este dato necesariamente es conocido no sólo por la interesada sino por aquellos que deben velar y procurar su bienestar como son las partes en esta causa, las cuales coincidieron en señalar en 150 euros mensuales la suma proporcionada a aquella necesidad y posibilidades de quien

aparece obligado. De este modo frente al hecho objetivo que fija una suma por voluntad de quienes tienen pleno y absoluto conocimiento de las más íntimas necesidades y posibilidades de todos los interesados no cabe una solución aproximada y equitativa que establece otra sin base efectiva para apoyar esta desviación del acuerdo. De este modo entendemos que deberemos estimar el recurso en este aspecto reduciendo la suma establecida a cargo del recurrente en concepto de pensión alimenticia a favor de su hija mayor de edad a la cantidad que resulte de la actualización de los 150 euros entonces concertados al momento presente.

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Germán contra la sentencia de 18 de febrero de 2004 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Vilanova i la Geltrú, Barcelona, en el curso de los autos de separación núm. 420/2003, de los que el presente Rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de limitar la suma correspondiente en concepto de alimentos a favor de su hija y a cargo de Germán a la que resulte de actualizar la concertada el 25 de septiembre de 2002 de 150 euros mensuales, todo ello sin imponer a parte alguna las costas causadas en esta alzada.

CUESTIONES PROCESALES

Para la admisión de la demanda de divorcio no puede exigirse la acreditación documental del domicilio de la parte actora ni la del último domicilio conyugal.

AP TENERIFE, SEC. 1.ª, AUTO DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Modesto Valentín Adolfo Blanco Fernández del Viso

Tiene razón la apelante en sostener la improcedencia de la inadmisión a trámite de la demanda de divorcio, en primer lugar, porque no puede exigirse la acreditación del domicilio de la actora, pues la necesidad de la aportación de documentos al efecto, con carácter previo a la admisión de la demanda, no están comprendidos en el artículo 770.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Examinada esta última norma, respecto de las demandas de separación y divorcio, dice que deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio, y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho, habiéndose presentado tales documentos, no ha lugar a exigir otros no contemplados en la norma, y menos sin dar la posibilidad de subsanación.

Además de ello, debe tenerse en cuenta la inutilidad de la acreditación requerida cuando el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no sólo establece la competencia territorial del Juzgado de 1.ª Instancia del lugar del domicilio conyugal, sino que establece otros distintos fueros subsidiarios: 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. Así como que 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.

Y así, en el presente caso, se hace más innecesaria la aportación del documento que acredite el lugar del último domicilio conyugal cuando en la demanda se hace constar que el cónyuge demandado tiene su domicilio en Arona, aparte de que el domicilio del actor también resulta de los documentos relativos al reconocimiento al derecho a la asistencia jurídica gratuita, por lo que no hay sustento para inadmitir la demanda por el motivo expresado en la resolución recurrida, cuya revocación es procedente, debiendo admitir a trámite de la demanda y continuar el procedimiento.

CUESTIONES PROCESALES

Al encontrarse el demandado en ignorado paradero, y sin perjuicio de que pueda personarse en autos y plantear una declinatoria, para el conocimiento de la demanda de divorcio se admite la competencia del juzgado donde tiene su domicilio la parte actora.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª del Rosario Hernández Hernández

La presente cuestión negativa de competencia ha de ser resuelta por esta Sala, *prima facie*, en favor del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de los de Leganés, Madrid, en cuanto, en el presente caso no ha quedado acreditado por medio probatorio alguno riguroso y serio, que el domicilio familiar de los litigantes, radicara en la localidad de Fuenlabrada, también de Madrid, resultando no obstante, que el demandado se encuentra en paradero desconocido, y que la demandante reside en la circunscripción de Leganés, de donde es el Juzgado de este partido competente a tenor de lo dispuesto en el artículo 769.1 párrafo último, de la LEC, que atribuye la competencia territorial, en supuestos de procesos matrimoniales, cuando por aplicación de las precedentes reglas no pudiere determinarse la competencia, al tribunal del domicilio del actor, y de conformidad con el contenido del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todo ello sin perjuicio, claro está, de lo que luego pueda resolverse ulteriormente, si el demandado propusiere en tiempo y forma la declinatoria, de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la LEC, si ello resultare y fuere procedente.

Por lo expuesto, como hemos anticipado, procede resolver la presente cuestión a favor del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de los de Leganés, Madrid, órgano judicial al que serán remitidos los autos, con todas las consecuencias inherentes, y previsiones del artículo 60.3 *in fine* de la LEC, y concordantes.

CUESTIONES PROCESALES

Competencia del Juzgado de 1.ª Instancia para tramitar unas medidas previas de separación aun cuando en un Juzgado de Instrucción con competencia en Violencia sobre la mujer dictó sentencia con anterioridad condenando al esposo por un delito de maltrato no habitual en el ámbito familiar, debiendo entenderse que la referencia que se hace en el artículo 49 bis de la LEC a la fase del juicio oral se refiere al procedimiento penal.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 3 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

El antedicho conflicto competencial que, de conformidad con el artículo 46, *in fine*, en relación con el 60, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se somete a nuestra decisión, tiene su origen remoto en las actuaciones penales seguidas ante el Juzgado de instrucción núm. 2 de los de Fuenlabrada, en virtud de denuncia formulada por la Sra. V. contra su esposo, por una agresión producida el día 13 de junio de 2005.

El citado órgano judicial, mediante auto de 15 del mismo mes, dictó Orden de Protección, y por Sentencia de la misma fecha condenó al Sr. R. por un delito de maltrato no habitual en el ámbito familiar.

Posteriormente, y en concreto el día 20 de julio de 2005, se presenta por la esposa solicitud de medidas provisionales de carácter previo, de conformidad con lo prevenido en el artículo 104 del

Código Civil, en relación con el 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo turnada la misma al Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de dicha localidad que, mediante auto de 22 de julio de 2005, se inhibe del conocimiento del asunto en favor del Juzgado de Instrucción núm. 2, invocando el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto que este último órgano declara igualmente su falta de competencia por auto de 5 de agosto siguiente.

Bajo tales condicionantes, y como bien se argumenta en esta última resolución, ha de recordarse que, de conformidad con lo prevenido en los artículos 9.3 de la Constitución y 2 del Código Civil, las leyes no tienen efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario, lo que es reiterado, excluyendo además esta última salvedad, por el artículo 2.° de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que creó los llamados Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no entró en vigor, respecto de sus Títulos IV y V, relativos a la Tutela Penal y Judicial, hasta el 29 de junio de 2005, por lo que las actuaciones penales iniciadas en el caso en fechas anteriores no podían conllevar la *vis atractiva* que contempla el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras su reforma por aquélla.

Pero aun en el supuesto de que el procedimiento penal se hubiese iniciado tras la vigencia de la nueva normativa, y habiendo asumido, en consecuencia, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada las funciones establecidas en la misma, la problemática suscitada habría de dirimirse proclamando la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1, por aplicación de lo prevenido en el citado artículo 87 ter LOPJ y en el 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ambos redactados conforme a la repetida Ley Orgánica 1/2004.

Y así, sobre la base de la conveniencia de tramitar simultáneamente, y ante un mismo Órgano, los procedimientos penal y civil dimanantes de una situación conflictiva, en cuanto presidida por la violencia, en el ámbito familiar, el primero de los antedichos preceptos proclama la competencia exclusiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en el orden civil cuando, entre otros requisitos, alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de dichos actos de violencia de género. Adviértase que dicho precepto no hace referencia alguna al resultado final del procedimiento penal, y sí tan sólo a la iniciación del mismo, lo que se completa con el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que el Juez que esté conociendo de un procedimiento civil y tenga noticias de la comisión de un acto de violencia que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el estudiado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos, en el estado en que se hallen, al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral.

Y es lo cierto que en el caso examinado ya se había sobrepasado esta última fase procesal, pues cuando se presenta la solicitud de medidas provisionales las diligencias penales seguidas contra el esposo habían finalizado por sentencia condenatoria firme, por conformidad de las partes.

En consecuencia, no resulta amparada por las analizadas previsiones legales la inhibición acordada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1, que habrá de seguir conociendo del procedimiento al mismo turnando.

CUESTIONES PROCESALES

Habiendo asistido el procurador al acto de la vista de separación, y aun no habiéndolo hecho la propia litigante personalmente, no procede tener a la parte por desistida: ha de tenerse a la parte por comparecida, pues no es preceptiva su asistencia personal. La incomparecencia de la letrada al acto del juicio únicamente tendrá repercusión en las posibilidades alegatorias y probatorias pero tampoco es motivo para tener por desistida a la actora.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 6 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Con fecha 2 de junio de dos mil cuatro por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Alcorcón se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se tiene a María Rosario por desistido de la demanda formulada contra Juan, imponiéndole las costas causadas».

La dirección letrada de doña María Rosario se alzó contra la resolución de instancia reclamando que continúe el proceso de separación interpuesto.

La parte apelante esgrime en apoyo de su pretensión revocatoria que la letrada no pudo presentarse el día señalado para la vista oral por tener un juicio en la Audiencia Nacional, en concreto en la Sec. 3.ª Sala de lo Penal, rollo de Sala 31/02, sumario 18/02, pero esta afirmación no puede ser acogida ya que ha carecido de corroboración probatoria.

Ahora bien, no podemos compartir la consideración que realiza la juzgadora de instancia de que no asistió la demandante a la vista señalada, que resulta de una interpretación aislada y literal del artículo 442.1 de la LEC.

Tal como se recoge en el acta (folio 37) de la vista del 5 de mayo de 2004 no asistió la demandante doña María Rosario pero sí su procurador don José Ramón Rego Rodríguez. El artículo 23.1 de la LEC establece que la comparecencia en juicio será por procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio, señalándose en el apartado 2 las excepciones a esta regla general en la que los litigantes pueden comparecer por sí mismos, asimismo el artículo 25.1 del mismo Cuerpo Legal dispone que el poder general para pleitos facultará al procurador para realizar válidamente, en nombre de su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de aquéllos; de ambos artículos se desprende que el llamado a ser parte como demandante, puede estar representado por el procurador en unos casos de forma obligatoria y otros de forma voluntaria y en ambos casos la comparecencia se practica por la intervención del procurador y los actos procesales, entre los cuales está lógicamente el de asistencia a los actos de juicio o vistas, se realizan por el procurador sin necesidad de intervención del litigante.

Así pues no es indispensable la presencia personal del demandante, que puede comparecer mediante su representación procesal en el juicio verbal, en caso contrario no tendría sentido la advertencia prevista en el artículo 440.1 párrafo 2.º de la LEC, esto es, la prevención a los litigantes, al citarles para la vista "de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304", porque si la incomparecencia personal del demandante llevase consigo su desistimiento, nunca nos encontraríamos con el supuesto que contempla este precepto, ya que verificado el desistimiento, no se practicaría siquiera prueba alguna.

Por otra parte, de mantenerse la tesis del auto recurrido se estaría dando a los litigantes del juicio verbal un tratamiento más rigorista que a los que insten un juicio ordinario, pues el artículo 414 de la LEC permite que asistan representados por procurador, si bien habrán de contar con poder especial a los efectos del párrafo segundo del número 2 de este artículo.

En base a lo expuesto y también que del derecho a la tutela judicial efectiva y del artículo 11.3 de la LOPJ se infiere que hay que seguir el criterio más favorable para la continuación del proceso hasta entrar en el fondo del asunto y teniendo presente que las normas procesales son de orden público y de obligado cumplimiento, hay que concluir que la demandante sí que asistió a la vista celebrada el 5 de mayo de 2004, si bien la ausencia del letrado de esta parte tiene repercusión en sus posibilidades alegatorias y probatorias, por lo que el desistimiento acordado en la resolución enjuiciada no es conforme al artículo 442 de la LEC y procede su revocación y acordar que continúe la tramitación del proceso.

CUESTIONES PROCESALES

Se inadmite a trámite la demanda de separación por no acompañar las certificaciones registrales de matrimonio y nacimiento del Registro Civil, y ello pese a que la actora había sido requerida en dos ocasiones por el Juzgado para que las aportara.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 6 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Que en fecha 3 de marzo de 2005, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 75 de Madrid, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: acuerda: «no ha lugar a la admisión a trámite de la

demanda de separación contenciosa, presentada por la Procuradora doña Virginia Camacho Villar, en nombre y representación de doña Remedios, contra don Paulino.

Archívense las presentes actuaciones previa baja en los libros de este Juzgado».

Cabe previamente decir que, del estudio de las actuaciones, llama poderosamente la atención la falta de cuidado, la falta de lectura reposada de las actuaciones; y llama la atención el contenido del presente recurso de apelación que tacha a la resolución recurrida de que no es clara, ni precisa, ni congruente; la tacha de error en la valoración de la prueba y dice que se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución española; terminando por suplicar la estimación íntegra de los pedimentos de la demanda, y todo ello, se insiste, de espaldas o con olvido absoluto de la realidad de lo actuado. En efecto, la dirección letrada apelante no advierte que no se ha admitido a trámite la demanda presentada por dicha representación; no advierte que antes se la requirió para que aportase al Juzgado certificación de la inscripción del matrimonio y nacimiento de los hijos en el Registro Civil y ello según providencia del folio 6 y de fecha 24 de enero de 2005; por providencia de fecha 9 de febrero de 2005 se insiste en requerir a la demandante para aportar las certificaciones del Registro Civil indicadas y esta vez se advierte o apercibe de que de no realizarse se dictará auto que finalmente se dicta ante la inactividad de la parte, y por ello y en virtud de lo dispuesto en los artículos 770.1 en relación con el artículo 403.3 ambos de la LEC, procede desestimar el presente recurso de apelación y confirmar el auto de 3 de marzo de 2005 al ser correcto en el caso la inadmisión de la demanda.

Por lo que se refiere a las costas de la presente alzada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 ambos de la LEC; al desestimarse totalmente el recurso, procede condenar a su pago a la parte apelante y ello al no observarse la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento.

CUESTIONES PROCESALES

No procede condenar en costas al padre que desiste de la demanda de modificación de medidas, al decidir el hijo, días antes de la celebración del juicio, que quiere volver a vivir con la madre. Tampoco se aprecia temeridad en los profesionales intervinientes para imponer la multa del artículo 247 LEC.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 11 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Con fecha 29 de marzo de 2005 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24 de los de Madrid se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se tiene por desistida a la Procuradora doña Maria Pilar Perez Calvo, en nombre y representación de don Luis Francisco, de la acción ejercitada en los presentes autos contra doña Diana, procediéndose al archivo de las actuaciones en este Juzgado dejando nota en los libros y sin que proceda condena en costas a la vista de las razones que han fundamentado la decisión de desistir del procedimiento».

La dirección letrada de la parte apelante interesa la revocación de la resolución recurrida y pide que se impongan las costas al apelado y multa al letrado según el artículo 247 de la LEC y alega que el demandado ha demostrado que no tiene intención de cumplir puntualmente las obligaciones para con su esposa e hijos.

Por su parte don Luis Francisco pide se desestime el recurso y alega que en mayo de 2004 el hijo menor del matrimonio tomó la decisión de irse a vivir con su padre, manteniendo la decisión hasta escasos días antes del señalado para el acto del juicio y señala que ha cumplido sus obligaciones pecuniarias.

Dispone la Juzgadora de 1.ª Instancia tener por desistida a la Procuradora doña María Pilar Pérez, en nombre y representación de don Luis Francisco, de la acción ejercitada en los presentes autos contra doña Diana, procediéndose al archivo de las actuaciones y sin que proceda condena en costas a la vista de las razones que han fundamentado la decisión de desistir del procedimiento, debiendo señalar al respecto que en el acto de la vista el actor manifestó que desistía conforme a lo señalado en el escrito presentado alegando el demandado que

mostraba su conformidad en cuanto al desistimiento reseñando aquel escrito que señalada la vista, el menor ha manifestado a su padre que desea permanecer en el futuro con su madre.

En efecto se interpone la demanda de modificación de medidas respecto del hijo común de 17 años de edad, en septiembre de 2004, señalando que el hijo permanece con el padre desde el mes de mayo de 2004, diligenciándose primero citación negativa con la demandada y una segunda en noviembre de 2004, resolviendo finalmente el Juzgado, en providencia de 24 de enero de 2005, señalar la vista para el 29 de marzo del mismo año, presentándose el referido escrito de desistimiento el 22 de marzo de 2005.

Así los antecedentes procesales del caso es claro que el contenido del artículo 396 de la LEC ha sido correctamente aplicado, en cuanto el desistimiento fue consentido por el demandado, y ello valorando asimismo el contenido de aquellas alegaciones del actor y el motivo y causa por el que se produce el desistimiento, todo lo cual determina en este punto el rechazo del recurso planteado, sin que existan acreditadas las acciones de mala fe alegadas, en cuanto a la actuación de los profesionales intervinientes en el proceso, todo ello conforme a lo estipulado en el artículo 247 LEC. Se confirma pues el auto recurrido.

CUESTIONES PROCESALES

La solicitud de una pensión de alimentos y pensión compensatoria para la esposa, debía haberse solicitado mediante reconvención, pues son medidas no pedidas por el esposo en su demanda y sobre las que el Tribunal no debe pronunciarse de oficio. No obstante, esa dificultad formal podría dar lugar a consecuencias desproporcionadas, y al haber sido objeto de controversia en el proceso, procede entrar en el fondo.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Nuño

Pasando más adelante en el examen del recurso ninguna cuestión ha sido planteada respecto de la obligación de prestar alimentos por el progenitor que no tiene atribuida la custodia del menor mas si sobre la petición de la recurrente de establecerse en su favor tanto una suma referida a alimentos como otra correspondiente a pensión compensatoria que han sido desestimadas por el Juzgador de instancia al no venir incorporadas en forma de reconvención. Siendo esto cierto, como lo es, atendido el contenido del artículo 770.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual sólo se admitirá la reconvención cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio, a la separación o al divorcio o cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio, resulta ser ésta justamente la situación evidenciada en los presentes autos pues el cónyuge recurrente solicita medidas que no han sido pedidas por la parte actora y que no pueden ser adoptadas de oficio. Aparte de esta dificultad formal, que podría entenderse de rigor extremo por las consecuencias desproporcionadas que se derivarían de la misma cuando se ha producido la adecuada controversia sobre las mismas lo cierto es que consta en la prueba practicada el expreso reconocimiento de la convivencia de la apelante con otra persona que la mantiene, además de encontrarse ambas partes separados *de facto* desde hace más de cuatro años y sin que en la actualidad se mantenga el arrendamiento del que fue el domicilio familiar, sino material de las pretensiones expresadas que, por otro lado, tampoco ostentan justificación de ninguna clase en sede de apelación. Así, por tanto habremos, también en este motivo, de ratificar la resolución de instancia.

CUESTIONES PROCESALES

Se inadmite a trámite la demanda de separación conyugal, al existir una sentencia previa de separación: los cónyuges reanudaron su convivencia pero no comunicaron tal reconciliación al Juzgado. Para regular la nueva situación pueden acudir al procedimiento de ejecución de sentencia o bien al de modificación de medidas si las medidas requieren ser adaptadas a nuevas circunstancias.

AP ZAMORA, SEC. 1.ª, AUTO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Brualla Santos-Funcia

Por el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Lourdes se solicita la revocación del auto dictado en estas actuaciones en la instancia con fecha 16 de junio de 2005, y, en su lugar, se dicte otro por la Sala en la que se acojan los pedimentos contenidos en el escrito del recurso, y acordando la admisión del recurso y se ordene la continuación del procedimiento sobre separación matrimonial de los litigantes y efectos complementarios por sus trámites.

La problemática que, a través del presente recurso, se somete a la consideración del Tribunal concierne a la posibilidad de un nuevo pronunciamiento judicial de separación matrimonial de los litigantes existiendo ya una sentencia firme, dictada en fecha 12 de noviembre de 1984, por la que se constituyó dicho estado civil, a pesar de lo cual los cónyuges reanudaron ulteriormente su convivencia, aunque sin poner tal reconciliación en conocimiento del Juez a los fines prevenidos en el artículo 84 del Código Civil.

Al efecto, y como se viene manteniendo por la doctrina contenida en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, tras la constitución, mediante sentencia firme, del citado estado civil derivado de la disociación nupcial, son muy libres los esposos de acomodar su *status* fáctico o bien a la referida resolución judicial, o bien prescindir de la misma para reanudar su cohabitación bajo el mismo techo; en esta última hipótesis se ofrece bien la posibilidad de unos objetivos ajenos al matrimonio, cuales los que contempla el párrafo primero del artículo 87, que implican la subsistencia, a efectos legales, del cese efectivo de la convivencia, o bien la finalidad de una reanudación de la comunidad de vida e intereses que anteriormente les ligaba.

Pero al igual que dos personas que por vez primera deciden unir sus vidas pueden constituir su convivencia de modo libre, esto es sin la constitución de vínculo jurídico-formal alguno, o por medio del matrimonio, los cónyuges separados judicialmente que se reconcilian tienen la alternativa de mantener su convivencia al margen de toda sanción legal, o revitalizar plenamente, y con todas sus consecuencias, la unión nupcial, a cuyo fin han de comunicar aquélla al Juez que conoció de la separación matrimonial, lo que determinará la constancia de tal nueva situación en el Registro Civil en que se halla inscrita la sentencia de separación, dejando sin efecto ulterior la misma.

Bajo tales posibles situaciones surge la cuestión de si producida la reconciliación, y surgida una nueva crisis conyugal, se hace preciso, en orden a su refrendo o regulación judicial, entablar otro procedimiento de separación, o basta con revitalizar la situación ya sancionada judicialmente.

La solución ha de ser distinta lógica y legalmente en aquellos casos en que la reconciliación ha operado con las formalidades recogidas en el artículo 84, en los que, habiéndose dejado sin efecto la sentencia de separación, la sanción judicial de la ulterior quiebra conyugal requerirá de nueva litis, de aquellos otros en que la reanudación de la convivencia no ha trascendido del ámbito de relaciones internas de los esposos, en cuanto la situación jurídico-formal constituida por la sentencia antecedente no ha sido modificada, en los que continúa plenamente vigente el estado civil de separación matrimonial que los cónyuges, por unas u otras razones, no han querido dejar sin efecto.

Se revela inviable en tales supuestos el amparo judicial de una acción tendente a la constitución de un estado civil ya existente, y que ha seguido desplegando, en el ínterin, sus consecuencias legales, no sólo frente a terceros, sino también entre los propios consortes.

En casos como el que hoy se analiza, y surgida nuevamente la crisis convivencial de quienes, a pesar de la reconciliación fáctica, mantuvieron un estado legal de separación matrimonial, no

surge indefensión alguna por el rechazo de la pretensión tendente a constituir lo que en el ámbito jurídico sigue subsistiendo, pues cualquiera de los esposos tiene abiertas vías procesales, distintas de aquélla, para regular la situación creada, bien mediante la activación de los pronunciamientos de la sentencia que decretó su separación matrimonial, en la fase de ejecución de la misma, bien, y de haberse alterado los factores entonces concurrentes, a través del procedimiento de modificación de medidas, en los términos que habilitaba el apartado 8 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, hoy día sustituida por el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite además una mayor agilidad en su resolución judicial, con efectividad inmediata de lo acordado, no obstante los posibles recursos que pudieran entablarse contra aquélla, por mor de lo que dispone el artículo 774.5 de dicha normativa procesal.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No procede en ejecución de sentencia modificar la guarda y custodia en aplicación de la sanción prevista en el artículo 776 LEC por incumplimiento del régimen de visitas. Dicha modificación ha de sustanciarse en un procedimiento con todas las garantías procesales, y la aplicación de tal sanción está prevista para supuestos de recalcitrante ineficacia de lo acordado, y razones de urgencia y gravedad así lo aconsejen.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Nuño

Se aceptan los del auto apelado de fecha 27 de mayo de 2004, dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Terrassa (ant. CI-8), en el procedimiento de ejecución de sentencia de divorcio núm. 199/2004, promovido, en la 1.ª Instancia por el Procurador don Paul-Yuri Brophy Dorado, en representación de la Sra. Julia contra don Federico representado en 1.ª Instancia, por la Procuradora Sra. Roser Davi Freixa, con la intervención del Ministerio Fiscal, siendo la parte dispositiva de la resolución impugnada del tenor literal siguiente: «Acuerdo: Se deniega la solicitud de modificación de régimen de guarda y visitas».

Que contra el mencionado auto se interpuso recurso de apelación por la Sra. Julia en base a las apelaciones que son de ver en el escrito presentado.

La sentencia de 15 de enero de 2004, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Terrassa, Barcelona, en la causa de divorcio número 415/2003 seguida entre Federico y Julia establecía, entre otros pronunciamientos, el relativo al régimen de visitas señalado a favor del progenitor no custodio Julia. Interesada la ejecución de la indicada resolución por ésta, el auto de 19 de abril de 2004 del mismo Juzgado denegaba la petición de modificación del régimen de guarda y visitas. Contra ésta se alza la representación de Julia cuestionando la decisión adoptada indicaba que en momento alguno había pedido la modificación del régimen de comunicación sino tan sólo la sanción prevenida en el artículo 776.3 LEC para el incumplimiento del contrario. Por parte de Federico, en su oposición al recurso, solicita la confirmación de la resolución recurrida en la denegación de la modificación de las medidas establecidas en sentencia de divorcio mas considerando la procedencia de la ejecución de aquélla en los términos estrictos contemplados por la Norma. El Ministerio Fiscal, por su parte, se oponía a la modificación instada por inadecuación procesal.

En lo que se refiere a la pretensión de modificación de medidas asentada en el incumplimiento del contrario, habremos de ratificar la conclusión expresada en la resolución indicada considerando que ordinariamente la modificación de medidas asentado en el incumplimiento de alguno de los afectados habrá de ser encauzado en el modo procesalmente prevenido de forma contradictoria y con plenas garantías y que el excepcional efecto contemplado en el artículo 776.3 LEC aparece como instrumento reservado para los supuestos de recalcitrante ineficacia de lo acordado cuando asimismo aparezcan inocuas las medidas asimismo contempladas en el artículo 776 LEC y razones de urgencia y gravedad así lo aconsejen, las cuales, evidentemente, no concurren en este supuesto, debiendo ser ratificado así el auto recurrido.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se desestima la oposición basada en que concurre causa de extinción de la pensión compensatoria, pues dicho motivo no se halla comprendido en los contemplados en el artículo 556 de la LEC.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, AUTO DE 3 NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado

Se trata de la ejecución de la sentencia de separación matrimonial de fecha 6 de marzo de 2001 que puso término a la convivencia de los litigantes, don Luis Manuel y doña Marina, en la que se estableció a favor de esta última y a cargo del primero una pensión compensatoria de 20.000 pesetas mensuales, y en la que la ejecutante pretende el cobro de las mensualidades correspondientes a los meses de agosto de 2004 a febrero de 2005, con inclusión de la actualización determinada en la sentencia.

La razón por la que el demandado se opone se asienta únicamente en su afirmación que concurre un supuesto de extinción de la pensión compensatoria por lo que nada debe a la ejecutante por tal concepto, extremo este que se hallaba en discusión en el procedimiento de divorcio que entabló contra su esposa.

El juzgado rechazó la oposición así entablada, sin perjuicio de lo que se decidiera en el proceso en que la supresión de la pensión compensatoria fue solicitada.

Así las cosas, no cabe otra solución que la desestimación de la apelación, pues el motivo de oposición no se halla contemplado en el cerrado catálogo que se diseña en los artículos 556 LEC y siguientes.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si en el Convenio se pactó que en el mes de verano la madre renunciaba a reclamar la pensión de alimentos, aun no habiendo permanecido los hijos con el padre en ese período, por razones de equidad procede despachar ejecución por las mensualidades de verano, pero reducidas en un 50%, ya que los hijos son mayores de edad, tienen problemas en su relación con el padre y vienen realizando trabajos de manera esporádica.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, AUTO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Mateo Lorenzo Ramón Homar

En la demanda de ejecución objeto de este rollo de Sala, doña Julieta, con base a un convenio de divorcio de 14 de julio de 1991, reclama a su ex esposo don Alberto el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a agosto en los años 1998, 2000, 2001 y 2002. Alude a que desconoce la justificación de parte del impago de dos mensualidades del hijo, y en cuanto a las restantes se debe a que los hijos, durante dichos años, no han pasado las vacaciones de verano con el padre...

En cuanto a los meses de agosto, se considera acreditado: A) Que en dicho período de tiempo, las relaciones del padre con sus dos hijos, ya mayores de edad, excepto el hijo menor en el año 1998, eran sumamente distantes, inexistentes en relación con la hija (reconocen haber estado siete años sin mantener el mínimo contacto), y muy esporádicas en relación con el hijo (reconocen haber estado un año y medio como mínimo sin contacto alguno. B) Don Alberto trabajó en la forma reseñada en el fundamento anterior. C) Doña Julieta en verano efectuó trabajos esporádicos cuyos ingresos no constan. D) En dichos años los hijos no convivieron en el domicilio de su padre, o no tuvieron relación alguna con el mismo, y según se infiere de sus declaraciones, los hijos no tenían dicha pretensión,

ni tampoco el padre se lo solicitaba expresamente. E) En la mayor parte de dichos años, el demandado ha pasado el mes de agosto de vacaciones en el Caribe. F) En alguna ocasión el padre dice que ha entregado alguna cantidad a sus hijos, sin que conste su cuantía exacta y su fecha, para gastos de sus hijos en verano. G) En el convenio se establece un derecho de visitas a favor del padre de treinta días en las vacaciones de verano, sin precisar el mes. Se estableció que, «Durante el período de vacaciones estivales el mes que el progenitor tenga consigo a los hijos no deberá entregar pensión a la madre, en el supuesto de que el progenitor los tuviera treinta días renuncia a percibir cantidad alguna la madre».

Con dicha cláusula presumiblemente se pretendía exonerar al padre del pago de la pensión en el mes que los menores se hallarían en su compañía en verano, dado que en el mismo la mayor parte de las necesidades de los mismos serían subvenidas por el padre en cuya compañía se hallarían; pero, al mismo tiempo cabe considerar que los demás gastos se calcularon sobre la base de once mensualidades. El problema radica en aplicar dicha cláusula en un contexto de unos hijos ya mayores de edad, que ya son libres de visitar o no a sus padres, en que es inútil e imposible exigir coactivamente un contacto, y que por circunstancias familiares de disputas, o bien no tienen relación con el padre (caso de la hija), o bien es muy distante y esporádica (caso del hijo), y a la vez tienen empleos temporales durante la temporada cuyos ingresos no constan, y otra vez más ninguna de las partes ha interpuesto la oportuna demanda de modificación de medidas. Las posibles liberalidades del padre con alguna donación a sus hijos no es susceptible de ser compensada con las sumas ahora reclamadas.

Ante tal conjunto de circunstancias variadas, con una anualidad en la que llegó a pagarse, la Sala considera debe aplicarse un principio de equidad, y reducir la cuantía de la pensión en un cincuenta por ciento de la reclamada

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No es motivo de oposición a la ejecución el hecho de que el hijo mayor de edad tenga una relación distante con el padre y estuviera trabajando con unos ingresos cuya cuantía no ha sido probada.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, AUTO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Mateo Lorenzo Ramón Homar

En la demanda de ejecución objeto de este rollo de Sala, doña Julieta, con base a un convenio de divorcio de 14 de julio de 1991, reclama a su ex esposo don Alberto, el importe de pensiones alimenticias de importe de 370 euros al mes a favor de sus dos hijos correspondientes a los meses de abril y mayo de 2003 (en la mitad correspondiente al hijo don Alberto, esto es, 180 euros al mes), y el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a agosto en los años 1998, 2000, 2001 y 2002. Alude a que desconoce la justificación de parte del impago de dos mensualidades del hijo, y en cuanto a las restantes se debe a que los hijos, durante dichos años, no han pasado las vacaciones de verano con el padre. Por tanto, se reclaman 360 euros por el primer concepto y 1.313, 22 euros por el segundo.

En cuanto a los meses de abril y mayo de 2003, en la parte relativa a la pensión alimenticia del hijo don Jesús, cabe tener en cuenta los siguientes hechos probados: 1) Las relaciones entre padre e hijo en dicho período de tiempo eran sumamente distantes, siendo la relación entre ambos prácticamente inexistente. 2) Don Alberto en tales fecha era mayor de edad, residía en el domicilio de su madre, y en tales fechas prácticamente había interrumpido sus estudios de Derecho, y se dedicaba a la actividad de clases de taekwondo en la entidad Hotel San Diego SL, sin que conste con exactitud la cuantía de los ingresos medios que percibía, que podría hallarse vinculado al número de alumnos que en cada momento tuviere, así como el número de horas diarias dedicadas a tal actividad. 3) El impago de tal pensión es una represalia del padre en discrepancia con el abandono por el hijo de los estudios de Derecho, por dedicarse a dicha actividad de profesor de taekwondo, y por negarse a trabajar con él en su despacho de Procurador.

En contestación a las alegaciones del recurrente, cabe reseñar: A) El hecho de que el hijo se negó a trabajar con él con carácter provisional, mientras

no siguiere con los estudios de Derecho, se estima irrelevante a los efectos de exonerar del pago de la pensión. B) El hecho de que trabajase en cuantía que no consta sea muy relevante y el ahora recurrente no lo considerase suficiente para solicitar una reducción de pensión alimenticia, no justifica tampoco el impago. C) La desaparición de su vida y la de su familia debido a relaciones distantes, no constituye una causa de extinción de la obligación de prestar alimentos, y no se halla recogida en el artículo 152 del Código Civil. D) Las alegaciones sobre abuso de derecho en la interposición de esta demanda por dañar con la misma la relación del padre con sus hijos, son irrelevantes, puesto que no nos hallamos ante un juicio de reprobación de la conducta de la madre o de si el hijo está o no manipulado, sino de determinar si el demandado debe pagar o no dichas mensualidades.

En conclusión, se consideran injustificados los motivos de impago de dichas pensiones.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No es motivo de oposición a la ejecución en reclamación de pensiones alimenticias, la precaria situación económica del obligado al pago, ni la independencia del hijo. Ha de acudirse al procedimiento de modificación de medidas para la extinción de la pensión, que en su caso, tendrá relevancia para las pensiones devengadas a partir de su interposición, pero no para las ya vencidas, ya que ni siquiera consta que se haya solicitado la extinción con efectos retroactivos.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, AUTO DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Pedro Lobejón Martínez

El Convenio regulador preveía, entre otros extremos «En relación a la pensión de alimentos subsistirá esta contribución directa del esposo a la esposa, adecuadamente actualizada, aun en la mayoría de edad de los hijos, en tanto éste conviva con la madre y no goce de propia independencia económica suficiente para su automantenimiento, siempre según los criterios orientadores establecidos por al Jurisprudencia».

La oposición a la ejecución se basa en la supuestamente precaria situación económica del ahora recurrente y en la independencia del hijo don Rodrigo. Como ya se explicaba en el auto de 23 de julio de 2004, no procedía suspender la ejecución porque «cuando la resolución que se dicte en el procedimiento de modificación de medidas tendrá en su caso consecuencia para las deudas vencidas a partir de su interposición, noviembre de 2003, pero no para las ya vencidas, que son precisamente objeto de reclamación en esta ejecutoria, pues nada se dice en la oposición a la ejecución, ni se aporta pese a decirlo, la demanda interpuesta ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de León, que estableciera que solicitaba la extinción de la pensión con efectos retroactivos».

En este trámite no consta suficientemente acreditada la hipotética autonomía del hijo beneficiario de las prestaciones, pues el ejecutado, que ni siquiera niega adeudar lo que se reclama, hace reenvío a las vicisitudes del procedimiento de modificación de medidas, que es posterior a las cantidades ya devengadas y no satisfechas.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El pago de las deudas tributarias por la explotación de un negocio privativo de uno de los cónyuges es una carga ganancial, como lógica compensación a los intereses y rentas que produce la explotación del negocio.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José De la Vega Llanes

El otro motivo de apelación viene referido al pronunciamiento de la sentencia de instancia relativo a la naturaleza de los pagos realizados por la demandada por razón de deudas tributarias devengadas por razón de un negocio privativo constante el matrimonio. En efecto, ha de considerarse que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1362 del Código Civil, el pago de las deudas tributarias por la explotación de un negocio privativo, ha de ser considerado como una carga de la sociedad de gananciales.

También conduce a igual conclusión el artículo 1347.2 del CC como lógica compensación al carácter ganancial que tienen los intereses y rentas que produce la explotación de un negocio privativo.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Existencia de lesión en más de la cuarta parte en la liquidación de gananciales: infravaloración de la vivienda adjudicada a la demandada que unos meses después la pone a la venta por el doble del precio que se hizo constar en la liquidación. Se constata el agravio al actor con un daño superior a la cuarta parte del valor de los bienes que le fueron adjudicados, siendo indiferente para la prosperabilidad de esta acción la existencia de vicios en el consentimiento.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José De la Vega Llanes

Que en fecha de 26 de febrero de 2003, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Navalcarnero, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Fallo: Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación de don Abelardo contra doña Edurne, declarando la lesión en más de la cuarta parte por la Liquidación de Gananciales efectuada por los cónyuges y condenando a doña Edurne a pagar al actor la suma de 9.348,3 euros (1.563.746 pesetas) y sin expresa condena en costas.

Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de doña Edurne mediante escrito de fecha 21 de abril de 2003, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, cuyo suplico es del tenor literal siguiente: «Que estimando el Recurso de Apelación formulado y revocando la Sentencia del Juzgado de Instancia, y en mérito a las alegaciones que en el mismo se contienen, dicte nueva sentencia por la que se desestime la demanda formulada de contraria, con imposición de costas a la parte actora.

La sentencia de instancia estima en parte la demanda declarando la existencia de lesión en más de la cuarta parte en la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada por los cónyuges en Escritura Pública otorgada el 21 de septiembre de 1999, y condena a la demandada a pagar al actor la suma de 9.348,3 euros.

Frente a dicha sentencia interpone el presente recurso la parte demandada, en el que se cues-

tiona la diferencia existente en el precio, dado a la vivienda familiar en la escritura de partición, en donde se la adjudicó por la suma de 3.250.000 pesetas el valor de la carga hipotecaria (8.250.000 pesetas) y el precio real que tenía en la referida fecha de adjudicación.

Alega la parte apelante que el valor dado a la vivienda en la escritura de liquidación fue consentida por el actor como consecuencia de la existencia de diversas deudas cuyo pago asumía ella mediante el precio obtenido mediante la venta de la vivienda.

El motivo no puede prosperar. La acción de rescisión por lesión cuyo encaje legal se encuentra en los artículos 1410 y 1074 del Código Civil para las liquidaciones de la sociedad de gananciales tiene por finalidad reparar agravios económicos sufridos en la partición, no por razón de la existencia de error, dolo u otro vicio del consentimiento de los que la llevan a cabo sino cuando se evidencien un perjuicio económico o para una de las partes que se ve agraviada con un daño superior a la cuarta parte del valor de los bienes que les fueron adjudicados.

En el caso que se examina ha quedado reflejada tal lesión, derivada sustancialmente de la diferencia del valor dado a la vivienda familiar en la escritura de capitulaciones otorgada el 21 de septiembre de 1999, que en definitiva se adjudicó por 11.500.000 pesetas y el precio ofertado por la propia adjudicataria a los dos o tres meses después, para su venta que tuvo lugar en menos de un año por 23.000.000 pesetas.

Se alega que hubo un importante incremento de la vivienda en aquella fecha. Sin embargo, no se ha acreditado que la diferencia entre el valor de adjudicación y el de venta obedeciera a tal incremento, ni se practicó valoración pericial al respecto, a pesar de que en la demanda se especificaron todos los datos que configuraban la lesión, no se discutieron los parámetros de valoración que en ella se ofrecían, por lo que no puede introducirse ahora una cuestión de hecho no discutida en la 1.ª Instancia.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Procede acordar el sobreseimiento del proceso ante el desistimiento del actor de su demanda de liquidación de gananciales, pese a que el demandado ha formulado oposición formal. Definición doctrinal y jurisprudencial del desistimiento y posturas sobre su carácter bilateral: el Tribunal Constitucional se inclina por su carácter no bilateral, siendo facultad del tribunal ordinario acordarlo o no siempre que no cause indefensión o perjuicio irrazonable al demandado. Procede la condena en costas al actor de conformidad al artículo 396.1.º LEC.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 6 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Mª del Rosario Hernández Hernández

Que en fecha 25 de octubre de 2004, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 28 de Madrid, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «1. Se desestima la oposición formulada por la parte demandada al desistimiento del actor; se acuerda el sobreseimiento del juicio, pudiendo la parte actora promover otro nuevo sobre el mismo objeto».

Por lo que respecta al fondo del asunto, esta Sala no comparte el criterio de la recurrente, bien al contrario, en igual sentido que han venido a pronunciarse anteriormente otras resoluciones de esta misma Audiencia, así como otras Audiencias Provinciales, estima que de conformidad con el artículo 20 de la LEC, núm. 3, final inciso, es perfectamente legítimo y acorde al ordenamiento jurídico que el Juez *a quo* acuerde el sobreseimiento, pese a la oposición formal del demandado, así por ejemplo se expresa en la sentencia de 14 de junio de 2004, de la Audiencia Provincial de Las Palmas al indicar: «Por la otrora demandados se interpone el recurso combatiendo que el auto indique que la parte actora podrá promover juicio sobre el mismo objeto y que se declare finalizado el proceso, y ello, con el razonamiento de que el desistimiento debe considerarse como una especie o modalidad de renuncia de derechos, admitida

por el artículo 6.2 del Código Civil, que no puede perjudicar a terceros, y, en este caso, ese perjuicio sí existiría por la posibilidad de que los demandados pudieran verse involucrados en otro proceso sobre la misma cuestión. Por ello, se solicita la continuación del procedimiento hasta el dictado de la sentencia.

Los supuestos de «terminación anormal del proceso» (desistimiento, renuncia, allanamiento y la transacción, fundamentalmente) tienen en común el representar una de las principales manifestaciones del principio dispositivo: las partes –en la medida en que les corresponde. Conservan durante todo el proceso la capacidad de disposición sobre aquello que ha sido deducido en juicio y pueden, sea mediante declaración de voluntad unilateral, sea bilateral, poner fin anticipado al proceso o que éste termine con una decisión que acaso pueda no coincidir con la que habría adoptado el órgano jurisdiccional.

La regulación de estas figuras en la LEC de 1881, aplicable al caso, bien puede calificarse de deficiente e insuficiente, ya que únicamente se refiere al desistimiento en su artículo 728, donde contempla una suerte de desistimiento tácito en el juicio verbal. En particular, el desistimiento es la declaración de voluntad del actor –principal o reconvenional– por la que solicita del órgano jurisdiccional una resolución que ponga fin al proceso dejando imprejuzgada la cuestión de fondo. Así, se ha dicho que «el desistimiento es la declaración del actor en el sentido de no querer la prosecución del proceso por él iniciado. Esta declaración de voluntad envuelve la de que se dicte resolución final sin juzgar sobre el objeto procesal, y por tanto, sin fuerza de cosa juzgada material», o que «el desistimiento es una actividad procesal compleja cuya causa eficiente reside en una declaración de voluntad, hecha por el demandante o recurrente, por la cual anuncia su deseo de abandonar el desarrollo de la pretensión que interpuso en el proceso que está pendiente, o bien de abandonar el recurso que instó y sus correspondientes efectos»; que «el desistimiento es un acto procesal del demandante en virtud del cual abandona o hace dejación del proceso iniciado a su instancia, provocando su terminación sin pronunciamiento sobre la pretensión procesal que, al quedar imprejuzgada, puede ser admisiblemente interpuesta como objeto en un proceso posterior»; que «... es la declaración unilateral de voluntad del actor por la que tiene por abandonado el proceso, sin renunciar a la acción», o, finalmente, que «es una declaración de voluntad que el actor puede dirigir al juez en cualquier momento por la que le pide que ponga fin al proceso que él comenzó con la interposición de la demanda».

El desistimiento provoca la terminación del proceso dejando imprejuzgada la cuestión de fondo, que, por lo tanto, si se produce en la 1.ª Instancia, puede ser objeto de un nuevo proceso posterior; y si tiene lugar durante la pendencia de un recurso apareja la firmeza inmediata de la resolución recurrida, la cual pasa en autoridad de cosa juzgada material. El tema que ha concitado mayor atención es el referente a la denominada «bilateralidad» del desistimiento. Nuestra legislación –el artículo 42 del derogado Decreto de 21 de noviembre de 1952, comienza literalmente diciendo: «Emplazado el demandado, si el actor desistiere del procedimiento, transcurrido que sea el término del emplazamiento, se dará vista al demandado comparecido, por término de tres días.»–, y la doctrina científica y jurisprudencial –entre otras, SSTS de 21 de diciembre de 1927, 9 de abril de 1929 y 9 de abril de 1932– vienen entendiendo que, dado que la resolución que acoge el desistimiento deja imprejuzgada la cuestión de fondo, debe darse al menor a la parte contraria –que, no se olvide, ha sido parte en el proceso por la exclusiva voluntad del adversario– la posibilidad de que alegue al respecto lo que a su derecho convenga.

Alguna jurisprudencia basa la necesidad de bilateralidad del desistimiento en la vieja concepción del proceso como *litiscontestatio:* hasta que no hay demanda y contestación no se produce la *litiscontestatio* y, en consecuencia, ni hay proceso, ni litispendencia, ni nada por el estilo; por el contrario, como después de esto hay un cierto tipo de vinculación contractual entre las partes, poco menos que se anuda la necesidad de bilateralidad del desistimiento a la interdicción de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 CC). No se va a tratar aquí de desmontar esta arcaica construcción del proceso –labor ya acometida frecuente y brillantemente–; quede tan sólo constancia de la periódica aparición de estos atavismos procesales.

Evidentemente, la necesidad de oír al demandado se vincula con la legítima aspiración de éste de que la materia litigiosa se decida definitivamente en ese proceso y, sobre todo, de que una futura conducta voluble de su demandante no vuelva a situarlo en la incómoda posición de demandado mediante la iniciación de un nuevo proceso con idéntica pretensión. Algún autor justifica esta bilateralidad en la «difamación judicial», esto es, «en las molestias que el demandado ha podido sufrir como consecuencia de la demanda presentada contra él (en la) repercusión económica, moral o social» que ello conlleva. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional no parece absolutamente convencido de la necesidad de bilateralidad en el desistimiento y, desde luego, ha negado a esta cues-

tión cualquier tipo de trascendencia constitucional: Así, «el desistimiento supone la extinción del proceso por voluntad del actor, y si bien su aceptación debe hacerse en términos que no ocasionen al demandado indefensión o perjuicios irrazonables, carece de fundamento la interpretación de la entidad recurrente de que el desistimiento es, por imperativo constitucional, un acto bilateral, de tal forma que no pueda aceptarlo el órgano judicial si el demandado se opone. Tal bilateralidad no viene contemplada en la ley, sumamente parca, por lo demás, en sus previsiones sobre desistimiento (...) tal parquedad legislativa ha ocasionado que sean los órganos judiciales quienes en cada supuesto han decidido de forma casuista en uno y otro sentido sobre la necesidad del acuerdo de la parte demandada para la aceptación del desistimiento, sin que por ello se incurra en violación de derechos fundamentales.

Se trata, en efecto, de una cuestión de legalidad ordinaria relacionada con la interpretación y aplicación de la incompleta regulación legal del desistimiento en nuestro ordenamiento procesal, interpretación que corresponde al juez ordinario efectuar, sin que pueda revisarla este tribunal. Ciertamente que los tribunales ordinarios, al resolver en cada caso sobre la pertinencia o no del desistimiento, habrán de velar por que no se cause indefensión o lesión alguna de índole constitucional a la parte demandada, pero semejante obligación se deberá, en su caso, a las circunstancias concretas del supuesto de hecho» (STC 187/1990, de 26 de noviembre). A propósito de la cuestión del contenido de la bilateralidad, dos son las posturas más comunes. Para un sector, la bilateralidad se refiere a la unanimidad de pareceres como requisito para aceptar el desistimiento. Para otros, en cambio, supone simplemente dar audiencia al demandado y resolver lo que proceda. Si justificamos, en mayor o menor medida, la bilateralidad en la «difamación judicial» que sufre el demandado, lo lógico sería que su consentimiento en el desistimiento fuera necesario, de suerte que el juez carecería de discrecionalidad para aceptar o denegar el sobreseimiento. La eficacia del desistimiento no debe hacerse depender únicamente de la voluntad del demandado, sino del interés legítimo que éste pueda alegar para oponerse al mismo. Piénsese en los casos en que el demandado ha articulado defensas procesales ordenadas a la obtención de un pronunciamiento absolutorio en la instancia. En tales casos no resulta defendible que, al propio tiempo, ostenta un interés a que la cuestión quede definitivamente resuelta en el fondo, y parece abonado que el juez acuerde el sobreseimiento del proceso pese a la formal oposición del demandado. Diversamente, en Alemania la cuestión no plantea dudas: el artículo 269.1 de la ZPO impone el consentimiento del demandado para la validez del desistimiento en los supuestos en que éste haya realizado actuaciones en relación con el objeto del proceso, por lo que, *a sensu contrario*, no será necesario dicho consentimiento cuando sus actuaciones se hubieran referido a cuestiones procesales.

Ya se ha dicho que en la legislación procesal por la que se rige el presente procedimiento no se exige expresamente el consentimiento del demandado para que el desistimiento del demandante tenga viabilidad, pero reiterando lo ya dicho con anterioridad debemos insistir en la necesidad del acuerdo de todas las partes litigantes para su prosperidad una vez contestada la demanda según la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1986.

En igual sentido podemos citar las sentencias de 18 de enero y 8 de marzo, ambas de 2003, de esta Audiencia Provincial.

En definitiva, procede desestimar este motivo de recurso, con confirmación del auto recurrido, máxime cuando en el presente caso, a mayor abundamiento, las razones que se aducen para la continuación del procedimiento, carecen de entidad suficiente como para estimar la oposición al desistimiento, pues ni siquiera se alega perjuicio concreto y real alguno, más allá de haber hecho acopio de documentos, haberse solicitado el beneficio de justicia gratuita, apuntándose razones de economía procesal, la posibilidad de volver a presentarse demanda, con la consiguiente potencial incertidumbre, y, finalmente, lo avanzado del proceso, que no es tal, si consideramos que no se ha desplegado siquiera iniciativa probatoria, de donde, reiteramos, no existe una razón fundada y de peso, como para determinar la continuación del procedimiento que pretende la apelante.

El final motivo de recurso, ha de ser estimado, en cuanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396.1 de la LEC, ha de ser condenado el demandante al pago de las costas de la 1.ª Instancia, toda vez que el proceso ha terminado por desistimiento del actor, que no ha sido consentido por el demandado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La disolución de la sociedad de gananciales se produce a la fecha de la sentencia de separación, máxime cuando no ha quedado acreditada la previa separación de hecho alegada por la esposa para excluir del inventario bienes que dice haber adquirido ella en exclusiva durante ese período; consta además que el depósito notarial para pago de la escritura de préstamo hipotecario de uno de los bienes litigiosos fue realizado por ambos cónyuges el mismo día.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo

Se alza la apelante contra la resolución impugnada insistiendo en que la separación de hecho se produjo mucho antes de la sentencia de separación que, entre otros extremos, acordó la disolución de la comunidad ganancial, por lo que estima que los bienes adquiridos por ella con posterioridad a tal separación de hecho deben quedar excluidos del activo de la sociedad.

Antes de entrar en el concreto caso de autos hemos de señalar que la comunidad de gananciales se disuelve *ipso iure* por la sentencia de separación conyugal, tal y como disponen los artículos 95 y 132 CC. Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación según dispone el artículo 1396 CC, que comprende las operaciones de inventario –artículos 1397 y 1398 CC–, pago de deudas –artículos 1399 y ss CC– y división y adjudicación de los gananciales –artículos 1404 y siguientes CC. El artículo 1410 CC hace una remisión, como normativa supletoria, a la partición y liquidación de la herencia, remisión que es de derecho material, no de derecho procesal y, por tanto, el procedimiento judicial, si hay controversia, será el proceso declarativo ordinario.

Sentado lo anterior, por lo que respecta al recurso de la Sra. Leticia, no podemos sino que confirmar la resolución recurrida, pues la disolución de la sociedad de gananciales se produjo con la sentencia de separación de 11 de febrero de 1998, máxime cuando no ha quedado acreditada la ruptura o separación de hecho de las partes en el año 1975 que aquélla manifiesta; es más, dice, por ejemplo, que el préstamo hipotecario que grava un local fue constituido por ella en el año 1985, pero consta que el depósito notarial para el pago de la escritura lo hicieron ambas partes el mismo día. No constando en definitiva como cierta la manifestación fundamento base de su pretensión, ha de estarse a lo dispuesto en los preceptos arriba mencionados, por lo que en este particular debemos desestimar el recurso que se examina.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se desestima la oposición de los padres biológicos al acogimiento pre adoptivo de un menor de 5 años de edad. Aunque el previo acogimiento simple se llevara a efecto por una actuación detestable de la Administración, ha de estarse al interés prioritario del menor, y aunque los padres biológicos estén recuperados de su toxicomanía, lo determinante es que el menor está plenamente integrado con la familia de acogimiento y el retorno con aquéllos conllevaría unas consecuencias impredecibles.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo

Se alzan los apelantes contra la resolución recurrida, en cuanto constituye el acogimiento pre adoptivo del hijo común, que hoy cuenta con cinco años de edad, solicitando se revoque dicho pronunciamiento. Alegan como fundamento de su pretensión básicamente la mala actuación administrativa en el expediente, la cual se ha legitimado; que nada refiere sobre la realidad actual de los mismos;

que no se puede bendecir una práctica de hechos consumados. El Ministerio Fiscal se opuso a dicho recurso por estimar inviable el retorno del menor con sus padres biológicos.

Pues bien, nos encontramos en el caso con que la sentencia de esta misma Audiencia Provincial de 20 de enero de 2004, confirmó el acogimiento simple como medida que constituye un puente para la constitución del acogimiento pre adoptivo. En dicha resolución se hace mención de que la Administración intervino porque un centro hospitalario solicitó la tutela pública por un informe clínico del menor; el padre estaba en prisión preventiva y ambos progenitores eran toxicómanos; el parto fue domiciliario y requirió traslado al hospital por síndrome de abstinencia, todo lo cual desencadenó la resolución de desamparo y posterior de acogimiento simple en familia ajena, habiéndose iniciado el acoplamiento en el mes de agosto del año 2001. Con posterioridad, tras tratamiento de rehabilitación, la madre ya estaba integrada en su entorno social, con buen nivel de maduración individual y con la totalidad de sus actos normalizados social y familiarmente, siendo según REMAR, su evolución favorable. En dicha sentencia, tras reflexionar sobre biologicistas y antibiologicistas se dice que no existían datos objetivos constatables que permitieran entender que por parte de los diversos servicios intervinientes existiera una radiografía exacta del problema médico-social que presentaban los padres, los cuales habían iniciado en junio de 2001 el camino de recuperación, y así menciona que cabe un reproche como daño moral reparable por la vía que proceda, pues la Administración había cometido un error de consecuencia irreparables, despreciando los informes de la EAIA de El Garraf y del REMAR; no obstante ello, señalaba que tras tres años sin relación parental con sus padres biológicos no era posible iniciar un acercamiento que debió hacerse en los años cruciales anteriores, ello con fundamento en el interés prioritario del menor, el cual ha asentado unas bases interpersonales y relacionales tan sólidas que, atendido ese interés suyo, elevado a categoría de derecho subjetivo por la ley, viene a convalidar, aunque por el mero fundamento de tratarse de una situación fáctica irreversible, la actuación de la Administración por detestable que resulte. El recurso de casación ante el TSCJ fue indamitido por el auto de dicho Tribunal de 17 de enero de 2005 al no concurrir ningún motivo para admitirlo, ya que «la imposibilidad de retorno con la familia biológica» es un dato fáctico que imposibilita formar jurisprudencia, por lo cual carece de interés casacional.

Con estos antecedentes fácilmente podemos concluir con la desestimación del recurso que se examina, pues todas las alegaciones aducidas por los apelantes ya han sido recogidas en la repetida sentencia, y siendo así que el interés prioritario del menor es el que debe primar para adoptar una determinada resolución por encima de toda otra consideración por legítima y justa que sea, cual es el de los padres biológicos, resultando que el menor está plenamente integrado con la familia de acogimiento desde el mes de agosto del año 2001, es por lo que el retorno con aquéllos resulta imposible de acordar dadas las consecuencias impredecibles que ello podría con toda probabilidad suponer.

FILIACIÓN

Procede decretar la paternidad dada la negativa a la práctica de la prueba biológica, unido a los indicios que aparecen en la fotografía y en las palabras de dos personas, únicas que declararon en el procedimiento, junto con la ausencia absoluta de cualquier intento de acreditar algo distinto a lo instado en la demanda.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

Impugna la parte demandada, don Luis Pablo, la sentencia dictada en los presentes autos que estima la acción de reclamación de filiación paterna extramatrimonial instada por doña Mari José. Son motivos del recurso el error en la valoración de la prueba que llega hasta señalar la inexistencia de la misma hasta desde un punto de vista indiciario, el quebrantamiento de la jurisprudencia a propósito de las presunciones y la categórica afirmación relativa a que no se presentan datos, elementos o indicios debidamente contrastados y acreditados en el pleito.

En realidad, la cuestión primordial que aparece en la crítica que se dirige a la sentencia de 1.ª Instancia, y que es resumen de la motivación del recurso, consiste en el parecer del demandado relativo a que nunca debió ser admitida a trámite por cuanto no se dio cumplimiento al artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haberse presentado un principio de prueba de los hechos en que se funda, expresión esta que tomó la ley procesal del artículo 127.2.º del Código Civil que al mismo tiempo derogaba. Precisamente el Tribunal Supremo estableció una doctrina constante a propósito de lo que debía entenderse por principio de prueba en procedimientos de esta naturaleza, interpretado con gran amplitud de criterio, lo que permitía concluir como control de razonabilidad de la demanda (sentencias de 4 de mayo de 1999 o de 18 de marzo de 2000) la aportación de fotografías, declaraciones de algunos testigos e incluso el ofrecimiento en la propia demanda de sometimiento a pruebas biológicas.

Pues bien, en el caso presente, con la demanda se aporta una fotografía, reconocida por el demandado sin ningún género de duda en su declaración, en la que aparece la demandante y él mismo, así como el Libro de Familia, en el que, si bien a meros efectos de identificación, el padre recibe el nombre de Luis Pablo, a lo que añade en el fundamento de derecho IV el ofrecimiento de someterse a pruebas biológicas. Este conjunto de datos debe considerarse como bastante para la admisión de la demanda, que se realizó con toda corrección.

La negativa a realizar las pruebas biológicas fue una constante del demandado. Primero se alegó la contraindicación de las mismas por su estado de salud, pero sin hacer especificación alguna en cuanto a informe médico en relación con ello. En segundo término, y una vez que la Señora Juez le indicó que no podía afectar en absoluto a su salud, su respuesta fue: «no, no, yo de momento me niego». A continuación, se le informó de las consecuencias de dicha negativa, leyéndosele el artículo 767.4 de la LEC, lo que no modificó su postura, terminándose por señalar que no sería siquiera necesaria la extracción de sangre, pudiéndose emplear muestras que obraran en alguno de los centros sanitarios, y tampoco así lo aceptó. No obstante lo cual, a petición del Ministerio Fiscal, se procedió a suspender la vista para que hablara con su Letrado, recibiendo el pertinente asesoramiento, pero tras la reanudación mantuvo su postura, como consecuencia de lo cual no se pudo realizar la prueba biológica, que como es sabido es la más determinante, y en ocasiones la única que puede aportar los elementos de conocimiento necesarios para resolver este tipo de asuntos.

Pues bien, el demandado en sus respuestas admitió que vivieron en la misma localidad la madre de la demandante y él, reconoció frecuentar la casa de la primera y probada quedó una cierta relación acreditándose con la fotografía en la que aparecen bailando. Sin embargo, rechazó haber mantenido relaciones sexuales e incluso el noviazgo, habiéndose referido en su contestación a «la promiscuidad de Margarita» como intento de sembrar la duda sobre la persona del padre. Ahora bien, ninguna prueba ofreció ni sobre este extremo ni a propósito de circunstancias obstativas de las afirmaciones de la demanda.

La declaración de doña Margarita, madre de la demandante, si bien puede considerarse parcial, ofreció determinados datos significativos, y la de doña Beatriz señala lo que era comentario en el pueblo, tanto en cuanto al noviazgo como en relación al nacimiento de doña Mari José y la conciencia de los vecinos de la figura del padre. Es manifiesto que lo que se trata de probar cuando de acciones de filiación se trata no cuenta con excesivos medios para hacerlo, puesto que ni aparece en documentos ni testimonios de terceros pueden referirse más que a creencias o consideraciones a partir de una realidad que se trata de ocultar, sobre todo en años como el de 1960, fecha de nacimiento de la actora. Ésa es la razón por la que atendiendo a que la única prueba con un porcentaje de verosimilitud serio es la biológica, su valoración, tanto cuando se practica como cuando se evita por el único que puede aceptarla, el demandado, ha de tener una especial consideración. Por tales razones, el Tribunal Supremo ha declarado ya en frecuentes ocasiones que «cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135, *in fine*, del Código Civil que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE» (con términos de la sentencia de la Sala Primera de 1 de julio de 2003). Y lo que sucede en el caso presente es que tal negativa, unido a los indicios que aparecen en la fotografía y en las palabras de dos personas, únicas que declararon en el procedimiento, junto con la ausencia absoluta de cualquier intento de acreditar algo distinto a lo instado en la demanda, obligan a este Tribunal a ratificar en su integridad la sentencia de instancia, puesto que ha de concluirse correcta la valoración de la prueba, así como la aplicación de la jurisprudencia sobre las presunciones reguladas en estos momentos en los artículos 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUESTIONES PENALES

Procede la condena como autora de una falta de desobediencia, a la madre que no hace entrega de los hijos al padre en el lugar y día establecido. El hecho de que la madre haya cambiado su lugar de residencia, y alegue falta de medios económicos para desplazarse no justifica el incumplimiento, y menos aún cuando ni siquiera ha intentado modificar las medidas actualmente vigentes.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Carlos Toro Alcaide

... Que por el juzgado de 1.ª instancia e instrucción núm. 1 de Icod de los vinos, resolviendo en el referido juicio de faltas, con fecha 15 de abril de 2005, dicta sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: «Que debo condenar y condeno a Eugenia como autora de una falta de desobediencia a la pena de un mes de multa con una cuota diaria de quince euros (en total de 450 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el Código Penal en caso de impago, así como al pago de las costas procesales causadas. Dicha multa deberá ser totalmente satisfecha en la cuenta de consignaciones de este Juzgado en el plazo de quince días hábiles a contar desde la fecha en que se haga al condenado el requerimiento judicial de pago, y en el caso de que la referida multa no sea abonada en vía de apremio, la mencionada pena será sustituida por la de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas».

Que la referida resolución declara como probados los siguientes hechos: «Que el día uno de abril de dos mil cinco Eugenia incumplió el régimen de visitas establecido a favor de José Miguel, no poniendo sus hijos a disposición del padre en el lugar acordado para ello».

El impugnante basa su oposición a la sentencia dictada en su contra en que el incumplimiento no fue voluntario puesto que había sido comunicada la imposibilidad de la entrega del menor, dado el cambio de domicilio de Icod a al Gomera y en definitiva la falta de medios económicos para el cumplimiento de lo judicialmente acordado, sin embargo consta el incumplimiento del auto de 13 de diciembre de 2004, sin que los argumentos del recurrente desvirtúan las razones expuestas por el órgano *a quo* en su sentencia, que esta sala asume en aras a sustentar el fallo condenatorio y que aquí damos por reproducidos en aras a evitar repeticiones innecesarias, máxime, sin que conste actuación o procedimiento judicial ha entablado, o al menos no consta que lo entablase, en aras a modificar el auto incumplido, de ahí que con base en lo expuesto procede confirmar íntegramente la resolución cuestionada sobre todo cuando los hechos por los que ha sido condenado.

CUESTIONES PENALES

Procede la condena como autora de una falta del artículo 618.2.º del CP , por incumplimiento de obligaciones familiares, a la madre que, sin justificación alguna, no hace entrega del hijo al padre el día que le correspondía, sin que tenga virtualidad alguna la mera alegación de que no pudo contactar con la familia paterna.

AP MADRID, SEC. 17.ª, SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don David Suárez Leoz

Su parte dispositiva contenía el siguiente fallo:

«Que debo condenar y condeno a doña María del Pilar, como autora criminalmente responsable, de una falta de Incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, prevista y penada en el artículo 618.2.º del Código Penal, a la pena de

multa de diez dias, a razón de una cuota diaria de 5 euros, que arroja un importe total de cincuenta euros y que, en caso de impago, determinará una responsabilidad personal subsidiaria de la condenada a su pago consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de la multa que no hayan sido satisfechas, así como al pago de las costas procesales causadas a su instancia en el presente procedimiento.

Alega en su recurso la denunciada que nunca se negó ni obstaculizó a que el denunciante pudiera disfrutar del régimen de visitas con los hijos que ambos comparten, así como que no pudo comunicar con la familia del denunciante hasta el día 4 de julio de 2005.

En el presente caso, se observa que el Juez *a quo* ha valorado las pruebas existentes y en su conjunto, las ha considerado suficientes para enervar el principio de presunción de inocencia. En efecto, basta la lectura del Acta que documenta el Juicio en relación con las conclusiones contenidas en la sentencia objeto de apelación y con los argumentos en que se sustenta el recurso, para desprender que el aducido error es inexistente y obedece, exclusivamente, a una distinta –y aunque legítima, parcial– lectura de la prueba practicada en plenario. En este sentido, no sólo la propia denunciada, sino también el denunciante, ponen de manifiesto que aquélla no entregó a los niños a su padre el día de autos, 1 de julio de 2005, sin motivo que justificara tal decisión.

CUESTIONES PENALES

El quebrantamiento de la medida cautelar requiere un actuar doloso: no se aprecia por el hecho de que el denunciado, excepcionalmente, pueda aproximarse a su ex cónyuge con ocasión de ir a ver a sus hijos al colegio, ni por el hecho de que les efectúe llamadas telefónicas a un teléfono que no es el de la denunciante.

AP MADRID, SEC. 5.ª, AUTO DE 31 DE OCTUBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Arturo Beltrán Núñez

La resolución impugnada es razonable. Quebrantar una medida no es, para el derecho penal, un acto mecánico, sino un acto doloso. Si el denunciado se acerca al colegio de sus hijos, cosa que no se le ha prohibido, y ello hace que, en alguna escasa ocasión, esté más cerca de su ex consorte de lo prevenido en la medida cautelar, no cabe hablar de acción dolosa en cuanto que el fin perseguido no es ni siquiera indirectamente quebrantar esa medida. Otro tanto cabe decir de las llamadas telefónicas a los hijos aunque sean insistentes pues no lo tiene prohibido y es teléfono distinto del de la denunciante. Y en fin no puede olvidarse el contexto en el que se producen estos hechos, contexto de ruptura matrimonial conflictiva, donde la credibilidad de la denunciante que llegó a imputar al denunciado, como mínimo con frivolidad, abusos sexuales de los hijos comunes para no cumplir el régimen de visitas, no es una credibilidad elevada. El Derecho penal está para castigar y, si puede, para prevenir delitos pero no para ser utilizado como forma de ganar ventaja en procesos civiles paralelos. Se desestimará el recurso.

CUESTIONES PENALES

No es competente el Juzgado Especial de Violencia sobre la mujer, al no haberse constatado que el delito contra los deberes familiares denunciado se haya cometido en un contexto de violencia doméstica. Preceptos de aplicación para resolver conflictos competenciales en esta materia: los delitos contra los deberes familiares cuya instrucción corresponde a los Juzgados Especiales han de cometerse en un contexto de violencia doméstica, aunque su concreta mecánica comisiva no sea intimidativa ni violenta.

AP MADRID, SEC. 17.ª, AUTO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Fernández Entralgo

De acuerdo con lo dispuesto, en materia de competencia, por el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, el artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece:

«... 1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior [esto es: quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente]...»

El Título XII del Libro II del vigente Código Penal se ocupa –como se lee en su epígrafe– de los delitos contra las relaciones familiares.

Su capítulo III regula –de nuevo de acuerdo con su epígrafe– los delitos contra los derechos y deberes familiares.

Dentro de él, la Sección Tercera trata del abandono de familia, menores o incapaces.

Tres artículos de esta sección resultan especialmente relevantes en relación con el contenido de la denuncia:

[a] El artículo 226:

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

[b] El artículo 229:

1. El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.

[c] En fin, el artículo 230:

El abandono temporal de un menor de edad o de un incapaz será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

El título genérico de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre sugiere, al emplear la expresión «violencia de género» la concurrencia de un comportamiento física o psíquicamente agresivo.

La literalidad del párrafo b) del apartado 1 del artículo 44 inclina a concluir, a primera lectura, que se ha querido atribuir en todo caso a los Juzgados especializados la instrucción de los delitos contra los deberes familiares siempre que involucre, como víctima, a una mujer. Habría que entender que se ha tratado de unificar (por razones de política criminal, en aras de una mayor eficacia de la protección dispensada) la instrucción y el conocimiento de todos los procedimientos en que aparezca implicada una mujer en un «entorno doméstico» o asimilable, extendiéndose a tipos delictivos que entrañan un incumplimiento grave de los deberes conyugales (se trate de una unión institucionalizada o no), a los paternofiliales y a otros derivados de situaciones equivalentes, fijadas en el artículo 87 ter.1.a) [que integra el apartado b)] de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En efecto, a diferencia del párrafo a), en el b) no se exige expresamente, como criterio de atribución competencial a los Juzgados especializados, que el delito haya sido «... cometido con violencia o intimidación...»

La Circular número 4/2005, de la Fiscalía General del Estado, invocada por el Ministerio Fiscal, también lo pone así de relieve.

Se abre, sin embargo, una muy sensata vía para evitar que esos Juzgados especializados hayan de instruir, derrochando esfuerzos sin justificación funcional alguna, casos, ciertamente comprendidos en la literalidad del apartado 1.b), pero en los que no concurran las características definitorias de la «violencia de género»:

El apartado 4 del artículo 87 ter dispone:

«Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente...»

Poniendo en conexión los apartados 1.b) y 4, puede ahora integrarse una regla competencial razonable y segura, que elimine el peligro de aplicaciones discrepantes en la práctica judicial; a saber, que los delitos contra los deberes familiares cuya instrucción corresponde a los Juzgados Especiales han de cometerse «en un contexto de» violencia doméstica, aunque su concreta mecánica comisiva no sea intimidativa ni violenta.

Si el maltratador que comete actos constitutivos de «violencia de género» infringe, además, deberes de cuidado y asistencia que le competen en función de determinadas relaciones familiares o análogas, la acumulación de la investigación de todos estos delitos (se diría que de violencia de género «por conexión») en un mismo Juzgado, el especializado, estaría plenamente justificada desde el punto de vista funcional criminológico.

No es difícil argumentar que los hechos referidos en la denuncia presentada por Valentina carecen de esas notas peculiares que justificarían la asignación al Juzgado Especial.

CUESTIONES PENALES

Procede el sobreseimiento provisional y archivo del procedimiento por delito de abandono de familia, al haberse interpuesto la denuncia casi al momento en que el esposo salió de la vivienda, y días antes la esposa había retirado dinero de la cuenta familiar.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, AUTO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Ángel Peñín Del Palacio

De las diligencias instruidas no pueden resultar indicios racionales de delito de abandono de familia, infracción prevista y penada en el artículo 226 del CP, desde el momento en casi al tiempo de formularse la denuncia tiene lugar la salida del domicilio familiar por parte del esposo denunciado, y al tiempo se plantea la demanda de separación por parte de la esposa denunciante y la adopción de las medidas provisionales de la separación. Así mismo resulta de los autos, que la esposa denunciante efectuó un reintegro en la cuenta corriente del matrimonio por importe de 1887 euros, en fecha 18 de marzo de 2005, es decir tres días antes de que el marido se fuese del domicilio familiar, y de igual modo en

fecha 4 de mayo siguiente dispuso por transferencia a su favor, la expresada denunciante, por importe de 21.034 euros, es decir más de tres millones de las antiguas pesetas, habiendo sido dictado en fechas recientes el auto de medidas provisionales en donde se le impone al esposo la obligación de abonar a su mujer y dos hijos, la cantidad de 500 euros mensuales y que parece ser viene ya cumpliendo.

En definitiva ningún indicio existe de responsabilidad penal por presunto delito de abandono de familia, en la conducta de don José Daniel, y por ello el auto de sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias al amparo de lo previsto en el artículo 641.1.º de la LECri es plenamente acertado y en consecuencia debe ser también íntegramente confirmado en todos sus aspectos.

CUESTIONES PENALES

Procedencia de adoptar la medida cautelar de prohibición del hijo de aproximarse a su madre, al inferirse indiciariamente de la propia declaración de la denunciante una actitud agresiva del hijo e indicios de amenazas de muerte. Su finalidad es evitar que el hijo persista en comportamientos que impliquen peligro para la madre, que se encuentra atemorizada.

AP MADRID, SEC. 16.ª, AUTO DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Hidalgo Abia

En virtud de denuncia formulada por doña Lina, por presuntas amenazas, contra su hijo Javier, el Juzgado de Instrucción 25 de Madrid incoó Diligencias Previas 4966/05.

Por simultánea solicitud de Orden de Protección de tal denunciante frente a su citado hijo, el Juzgado de Instrucción 21 de Madrid incoó Diligencias Previas 2461/05, en las que, con fecha 30 de mayo de 2005, se dictó auto por el que se prohibía al imputado Javier acercarse a menos de 300 metros a Lina y comunicarse con la misma por cualquier medio hasta la finalización del procedimiento.

Contra el auto que otorgaba la Orden de Protección, el letrado don Julio Pérez Martín, en defensa de Javier, interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación. Siendo desestimado el primero por auto de 27 de septiembre de 2005, en el que se admitió a trámite el recurso de apelación, para cuya resolución se elevaron los oportunos testimonios a esta Audiencia Provincial.

Examinadas las actuaciones a los solos efectos de este recurso y sin que ello implique prejuzgar la resolución final de fondo que pudiera dictarse, este Tribunal estima que de la declaración de la denunciante doña Lina resulta, al menos indiciariamente, una actitud agresiva del denunciado para con su madre y resto de familiares, a quienes, en su caso hizo objeto de insultos, los cuales admite, al menos respecto de su madre, el propio imputado en su declaración prestada, ante el Juzgado de Instrucción 21 de Madrid el 30 de mayo de 2005.

Igualmente, por declaración de doña Lina, hay indicios igualmente de amenazas de muerte por parte del imputado, de las que se hacen eco los funcionarios policiales NÚM000, NÚM001, NÚM002 y NÚM003, en su comparecencia originadora del procedimiento, al proferirlas presuntamente a presencia de los mismos contra sus familiares.

Pudiendo, pues, ser los hechos presuntamente constitutivos de un delito de maltrato familiar y a fin de evitar que persista en comportamientos semejantes o más graves que comportan un riesgo para su madre, quien manifiesta tener temor al respecto, era y es absolutamente procedente, al amparo de lo dispuesto en los artículos 544 bis y 57 del Código Penal, la adopción de la medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación del imputado a su madre, la cual, limitada a 300 metros y no viviendo en el mismo domicilio denunciante y denunciada, no aparece particularmente gravosa y resulta precisa para evitar riesgos mientras se sustancia este procedimiento.

CUESTIONES PENALES

Condena por delito de impago de pensiones: no es el proceso penal el idóneo para discrepar de la obligación impuesta en la sentencia de divorcio. Es irrelevante que el obligado al pago haya tenido una nueva hija, y que alegue la existencia de otras deudas que además consta que han sido impagadas, pues motivaron el embargo de su sueldo. Al no figurar de alta como demandante de empleo se presume que estaba trabajando y que obtendría ingresos para abonar la exigua pensión de 90 euros para la hija.

AP CIUDAD REAL, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José M.ª Fernández de Sevilla

En la indicada sentencia se dictó el pronunciamiento que copiado literalmente es como sigue: «Fallo: Que debo condenar y condeno a Cristóbal como autor de un delito de abandono de familia (impago de pensiones) ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de arresto de ocho fines de semana y a que como responsable civil indemnice a Rocío en la cantidad de 1.080 euros más el interés legal y costas».

Contra la sentencia que le condena como autor de un delito de impago de pensiones, recurre en apelación el acusado alegando, en primer término la inexigibilidad de la obligación por la situación familiar que describe, y, en segundo término, la imposibilidad económica de hacer frente al pago. No se discute, pues, la constitución de la obligación, por sentencia de divorcio, de pagar como alimentos para la hija menor, que quedaba en la custodia de la madre, la cantidad de 90 euros mensuales.

El primer motivo del recurso no puede ser estimado. Lo que se viene en él es a discrepar de la propia sentencia de divorcio, que adquirió firmeza, precisamente porque ninguna de las partes la recurrió. El que el acusado tenga en su compañía otra hija común no le exime del pago de una obligación impuesta en aquella sentencia, que atiende al básico y natural deber de atender a los hijos, y que, por la cuantía establecida, no pasa de ser meramente simbólica de tal deber.

Tampoco puede ser estimado el segundo motivo del recurso. La sentencia, con toda precisión, circunscribe el período de impago al que se refiere como el comprendido entre los meses de agosto de 2003 a agosto de 2004. Ambos inclusive. Pues bien, resulta que por la propia documentación aportada por el acusado, hasta el 29 de septiembre de 2004 no se dio de alta en el SEPECAM como demandante de empleo, de manera que hasta esa fecha debía estar trabajando, y a poco que ganase, tendría lo suficiente para el exiguo pago impuesto en la sentencia. La existencia de otras deudas no evita, por sí, el delito, máxime cuando, de la propia documentación aportada, se trata de deudas que el mismo acusado tampoco pagaba, motivando el embargo posterior de su salario.

CUESTIONES PENALES

Diferencias de las facultades del Tribunal de apelación según la sentencia de instancia sea absolutoria o condenatoria: en el primer caso, si en la alzada no se han practicado pruebas, no se puede modificar la valoración que sobre pruebas personales han llevado al Juzgador a dictar sentencia absolutoria; en el segundo, en virtud del principio de presunción de inocencia, el Tribunal de apelación puede enjuiciar la valoración de las pruebas personales realizadas por el Juez de Instancia.

AP CANTABRIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier De la Hoz De la Escalera

El recurrente, condenado en la instancia, se alza contra la sentencia del juzgado por entender, esencialmente y en primer lugar, que la juzgadora incurrió en error en la valoración de las pruebas, a cuyo

efecto, y a lo largo de las diversas alegaciones del recurso, critica la valoración de la prueba testifical de la víctima y los testigos de cargo, así como de la documental consistente en los informes médicos, invocando la presunción constitucional de inocencia que no considera destruida por tales pruebas. La naturaleza de esa primera y fundamental alegación del recurso obliga a recordar que en nuestro sistema penal de enjuiciamiento la inmediación en la percepción de las pruebas personales es esencial, pues sólo el juez o tribunal que las ha visto en juicio puede en rigor valorarlas en conciencia como exige el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Tribunal Constitucional, que desde hacía años venía sosteniendo que la plenitud de jurisdicción propia del tribunal de apelación permitía a éste una nueva valoración de todas las pruebas, rectificó su criterio en la Sentencia de 167/2002, de 18 de septiembre, y acomodándose a la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entendió que el respeto a los principios de inmediación y contradicción, vigentes también en la segunda instancia, impiden que el tribunal de apelación que no ha practicado las pruebas pueda modificar la valoración que de las pruebas personales haya hecho el juez de instancia. Tal doctrina ha sido posteriormente reiterada en otras muchas sentencias como las números 167, 170, 198, 199, 200 y 212 de 2002, 209/2003, 10/2004 y 12/2004 y 229/2005 entre otras muchas, de las que se desprende con toda claridad la intangibilidad en apelación de la valoración que de las pruebas personales haya hecho el juez de instancia en el caso de que el tribunal de apelación se enfrente a una sentencia de instancia absolutoria y medie una petición de condena, lo que en definitiva no es sino llevar a sus últimas consecuencias la doctrina que desde siempre mantuvieron las Audiencias Provinciales sobre la imposibilidad de alterar esa valoración salvo en casos excepcionales; ahora, como se dice en la primera de las sentencias citadas, «en supuestos como el presente en que nos hallamos ante una sentencia absolutoria en 1.ª Instancia que resulta revocada en apelación y sustituida por una sentencia condenatoria (...) existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción», y con más claridad y con referencia a la prueba testifical, dice en la sentencia 197/2002: «y teniendo en cuenta que la única prueba con la que enervar la presunción de inocencia era la tan repetida testifical, y si la Audiencia Provincial, por impedírselo los principios de inmediación y contradicción no podía por sí misma valorar dicha prueba al no haberse producido ante ella, es visto que su sentencia condenatoria carece del soporte probatorio preciso para enervar la presunción de inocencia del apelado absuelto, por lo que la sentencia recurrida en amparo vulnera el derecho fundamental de los demandantes.». Sin duda el caso contrario, esto es, aquel en que quien recurre es el condenado impugnando la condena, que es el que aquí nos ocupa, la cuestión admite otros matices, pues a favor del recurrente siempre juega el principio constitucional de presunción de inocencia, lo que permite sin duda examinar no sólo la legalidad del proceso, sino también la efectiva aportación de prueba de cargo, esto es, de prueba dirigida a acreditar la perpetración del delito y la participación en el del acusado, y su suficiencia para destruir dicha presunción conforme a las normas de la lógica y la experiencia comunes y los principios constitucionales, de manera que el tribunal de apelación que no puede, por lo dicho, valorar las pruebas personales como si las hubiera presenciado, sí puede enjuiciar la valoración que de ellas haya hecho el juez de instancia.

CUESTIONES PENALES

Desproporcionalidad de la pena impuesta al condenado como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar: la anterior condena por un delito de impago de pensiones no puede tomarse en consideración para valorar la peligrosidad del acusado, al ser diferentes los bienes jurídicos que protegen ambos delitos.

AP CIUDAD REAL, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Mónica Céspedes Cano

Por el meritado Juzgado de lo Penal número 2 de esta ciudad, se dictó sentencia con fecha 10 de junio de 2005, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: «Que debo condenar y condeno al acusado Juan Antonio como autor de dos delitos de maltrato en el ámbito familiar, ya definido sin la concurrencia de

circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de ocho meses de prisión y las accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años, por cada uno de los delitos mencionados, con prohibición de aproximarse a Frida a una distancia inferior a 300 metros, así como a su domicilio y lugar de trabajo, y de comunicar con ella por cualquier medio directo o indirecto durante tres años, igualmente por cada uno de los dos delitos objeto de condena, y que como responsable civil indemnice a Frida en la cantidad de 180 euros más el interés legal y costas».

Respecto a la proporcionalidad de la pena impuesta se razona en el Fundamento Cuarto, a los efectos de su individualización, de un lado que no concurren circunstancias modificativas, y, de otro, que se tienen en cuenta la existencia de anteriores condenas que, si no se consideran para apreciar la agravante de reincidencia, sí se toman en consideración para valorar la peligrosidad del acusado. La anterior condena es la que, con la propia sentencia, se encuentra en suspenso, por un delito de impago de pensiones. Cierto es, como pone de manifiesto el apelante que, en definitiva, los bienes jurídicos protegidos son distintos en el delito de maltrato en el ámbito familiar y en el de impago de pensiones; de forma que, a efectos de la «peligrosidad» que se valora para individualizar la pena, la condena anterior no es relevante. Es por esta razón por la que procede acoger la que ahora se examina; a los efectos de individualizar la pena no puede obviarse que, en el caso, son dos las agresiones realizadas y además en un breve espacio temporal lo que justifica la imposición de una pena de seis meses para cada uno de los delitos, tal como se recogerá en la parte dispositiva de esta resolución.

Estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Juan Antonio contra la sentencia de fecha 10 de junio del año en curso, dictada en Juicio Rápido seguido con el número 217/05 en el Juzgado de lo Penal número Dos de los de ciudad Real, REVOCAMOS la misma en el único particular de fijar la pena, para cada uno de los dos delitos por los que se le condena, en la de seis meses de prisión; declarando de oficio las costas de esta alzada.

Revista de Derecho de familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

ADOPCIÓN

Para practicar la inscripción en el que conste como lugar de nacimiento el domicilio de los padres adoptantes, se declara competente el Registro Civil correspondiente al domicilio de aquéllos, previa petición por éstos del traslado de las inscripciones principales de nacimiento y marginales de adopción practicadas en el Registro Civil Central.

RESOLUCIÓN DE 20 DE OCTUBRE DE 2005

Se plantea en este expediente cuestión de competencia para inscribir el nacimiento de un hijo adoptivo, respecto del cual los padres adoptantes habían solicitado que constara en la inscripción como lugar de nacimiento, no el real –Rusia–, sino el de su domicilio; ello, acogiéndose a la Instrucción de esta Dirección General de 1 de julio de 2004, que modificaba la de 15 de febrero de 1999, mediante la adición de un apartado a la regla primera. El auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil Central acordó practicar las inscripciones principales de nacimiento y las marginales de adopción, pero no las nuevas inscripciones, previstas en la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, en su redacción modificada, por entender que carece de competencia para ello en cuanto a la modificación del lugar de nacimiento del inscrito.

La cuestión suscitada por el presente recurso plantea dificultades de interpretación centradas, como se verá, en el período de vigencia de la Instrucción de 1 de julio de 2004 (publicada en el BOE de 5 de julio de 2004) anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio (publicada en el BOE de 9 de julio de 2005 y que entró en vigor el día 10 del mismo mes, conforme a su disposición final cuarta), y tiene por objeto dilucidar si la aplicación de la citada Instrucción es compatible con los criterios legales de competencia para la inscripción de las adopciones internacionales que, en virtud del principio de la territorialidad, corresponde, atendido al lugar del nacimiento, al Registro Civil Central o a los Registros Consulares o si, por el contrario, la aplicación de la Instrucción exige un previo traslado de la inscripción al Registro Civil municipal competente.

En cuanto a la cuestión suscitada, hay que comenzar indicando que se trata de un tema que ha dado lugar a una importante controversia jurídica ya residenciada en este Centro Directivo en vía de numerosos recursos similares al presente entablados contra diversas resoluciones del Registro Civil Central que viene declinando su competencia en casos de adopciones internacionales para practicar nuevas inscripciones, una vez extendida la principal de nacimiento y la marginal de adopción, modificando el lugar de nacimiento del inscrito por el correspondiente al domicilio de los padres. Tales denegaciones se fundamentan en el principio citado de territorialidad, en razón del lugar de acaecimiento del hecho inscribible, en este caso del nacimiento –igual regla rige también para el matrimonio y la defunción–, con arreglo al que ordena la competencia de los Registros Civiles municipales y consulares el artículo 16 de la Ley del Registro Civil. Este precepto aparece, a su vez, desarrollado por el artículo 68 del Reglamento del Registro Civil que establece, como excepción o regla especial, la atribución de la competencia al Registro Civil Central en aquellos casos en que siendo competente conforme a la norma general un Registro Civil Consular, el promotor de la inscripción esté domiciliado en España.

El silogismo jurídico que subyace en tal fundamentación denegatoria consiste en que si la competencia del Registro Civil Central, que es concurrente, requiere la existencia de un Registro Consular competente por razón del lugar del acaecimiento del nacimiento en el extranjero, siendo así que dicha competencia no existe cuando el lugar en que se produce el alumbramiento forma parte del territorio español (*cfr.* artículos 15 y 16 LRC), ello supone que por definición el Registro Civil Central en ningún caso puede ser competente para practicar la inscripción de nacimientos cuyo lugar de nacimiento sea un municipio español, lugar de nacimiento que, real o ficticio, sería el que vendría a proclamar la inscripción resultante

de la aplicación de la Instrucción de 1 de julio de 2004. Se refuerza este silogismo observando que el Preámbulo de la citada Instrucción alude a la atribución a los adoptantes de una facultad similar a la que el apartado 2 del artículo 16 de la Ley otorga a los padres biológicos al permitirles solicitar la inscripción del nacimiento del hijo en el Registro Civil municipal correspondiente a su domicilio, toda vez que para tales hipótesis el párrafo final del citado precepto dispone que en las inscripciones de nacimiento extendidas en su virtud «se considerará a todos los efectos legales que el lugar del nacimiento del inscrito es el municipio en el que se haya practicado el asiento», entre cuyos efectos legales se debe incluir el de determinar la competencia del Registro Civil.

Frente a tal argumentación se puede oponer de contrario que la ficción creada por la Instrucción de 1 de julio de 2004 en cuanto al lugar de nacimiento del inscrito responde a una finalidad protectora y tiende a evitar la publicidad de la filiación adoptiva y de aquellas circunstancias que pudieran revelarla con el fin de proteger la intimidad personal, familiar y el interés del menor, siendo así que uno de tales datos reveladores puede ser el lugar real del nacimiento, pero que tal ficción legal no altera en nada la competencia del Registro Civil Central para extender la nueva inscripción haciendo constar como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres adoptantes en lugar del real. Tal competencia, desde esta perspectiva, seguiría recayendo en el Registro Civil Central ya que la nueva inscripción tiene su origen en un asiento principal y en una marginal de adopción, que atraen por conexidad la competencia para practicar el asiento subsiguiente conforme al artículo 46 de la Ley del Registro Civil.

Pero esta posición de contrario no puede sostenerse ya que una atenta observación de tal hipótesis revela que sería precisamente la citada finalidad de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, en su redacción modificada de 1 de julio de 2004, la que se vería no sólo frustrada, sino flagrantemente violentada toda vez de que practicarse las pretendidas inscripciones en el Registro Civil Central haciendo constar como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres en España (siendo así que el único supuesto legal en que cabría tal circunstancia sería el amparado por la misma Instrucción), resultaría que la propia inscripción estaría proclamando el carácter adoptivo de la filiación inscrita. Por lo tanto, no es que el mecanismo previsto por la Instrucción resultase inútil para el logro de la finalidad perseguida, sino que de forma contraproducente se produciría el efecto inverso. Y repárese que el dato del lugar de nacimiento en España no tendría la categoría de potencialmente revelador de la adopción (como eventualmente podría suceder por la constancia registral del lugar de nacimiento en un país remoto), sino que resultaría determinante y concluyente, sin ambigüedad ni anfibología alguna, en tal sentido. En consecuencia es obvio que, al margen del silencio de la Instrucción sobre el tema de la competencia y sobre los efectos que de negarla al Registro Civil Central se siguen, la interpretación finalista de la misma no permite otra opción conclusiva que la apuntada, lo que conduce a la desestimación del recurso formulado.

Todo lo anterior conduciría al absurdo si se entendiese que la única vía para aplicar la Instrucción de 1 de julio de 2004 es la que tiene por resultado el apuntado de vulnerar su propio espíritu y finalidad. Pero es que la legislación registral, integrando las lagunas de aquélla, permite dar adecuada respuesta a las situaciones planteadas, armonizando la finalidad perseguida con las normas de competencia y con la voluntad y deseos de los interesados, por medio del traslado de los asientos registrales, de forma que, una vez practicada la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción en el Registro Civil Central, los adoptantes podrán solicitar el traslado de tales asientos al Registro Civil municipal correspondiente a su domicilio y, una vez trasladado el historial registral del adoptado a dicho Registro, solicitar que en aplicación de las Instrucciones de constante cita se extienda una nueva inscripción referida tan sólo a la filiación adoptiva y al nuevo lugar de nacimiento.

Finalmente no se puede omitir que la conclusión alcanzada es precisamente la que ha adquirido carta de naturaleza normativa por medio de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha dado nueva redacción al ordinal 1.° del artículo 20 de la Ley del Registro Civil, y del Real Decreto 820/2005, de la misma fecha, que ha hecho lo propio con el artículo 77 del Reglamento del Registro Civil, disposiciones que presuponen la existencia de un traslado de las inscripciones principal y marginal de adopción para que los padres adoptantes puedan solicitar que en la nueva inscripción, que conforme al principio de economía procedimental se ha previsto que sea única, esto es, integrada por la propia inscripción del traslado, se haga constar junto con los datos exclusivos de la filiación adoptiva y demás datos del nacido, como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres, según antes se expuso.

ADOPCIÓN

No puede inscribirse la adopción constituida en Haití al no corresponder los efectos de la misma con los previstos en la legislación española sin perjuicio de que, constituida de nuevo la adopción conforme a nuestras normas, como así ha sucedido, tenga acceso al Registro Civil el auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia.

RESOLUCIÓN DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2005

Conforme al artículo 9.5.º del Código Civil, «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española». Si se tiene en cuenta que la adopción única que regula el Código Civil español supone la integración a todos los efectos del adoptado en la familia del adoptante o adoptantes y, como regla, la ruptura total de vínculos con la familia anterior y la irrevocabilidad de la adopción (*cfr.* artículos 108, 176, 178 y 180 CC), mientras que la adopción haitiana, según el conocimiento adquirido por este Centro Directivo de su legislación y, en particular, del Decreto de 4 de abril de 1974, sobre reforzamiento de los derechos del adoptado en su nueva familia, sólo produce efectos entre adoptante y adoptado; éste queda siendo miembro de su familia de origen, en la que conserva sus derechos hereditarios; el adoptado no queda plenamente equiparado con los hijos legítimos en la sucesión de los parientes del adoptante, respecto de los que carece de todo derecho hereditario; en caso de fallecimiento del adoptante o de pérdida de su capacidad, la patria potestad sobre el adoptado vuelve de pleno derecho al padre natural de éste; la adopción es revocable a instancia del adoptante, del adoptado y del «Comisario de Gobierno», haciendo cesar la sentencia que la declare todos los efectos de la adopción, hay que concluir que la adopción constituida en Haití por un matrimonio español en favor de una menor haitiana, nacida el 14 de abril de 2002, no guarda puntos de contacto con la adopción del Código Civil español y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el artículo 1.º de la Ley del Registro Civil, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita. En consecuencia debe ser confirmada la calificación del Encargado del Registro Civil Central que alcanzó precisamente esta misma conclusión aquí recurrida.

No obstante, debe recordarse la posibilidad de que las adopciones extranjeras que no puedan ser reconocidas por nuestro Ordenamiento jurídico por el motivo apuntado se transformen en España en adopción en el sentido pleno de este concepto según el Código Civil, para lo que es preciso la intervención de la autoridad judicial española competente. Ahora bien, en el presente caso concurre la circunstancia especial de que, si bien no se puso de manifiesto ante el Encargado del Registro Civil Central al tiempo de solicitar la inscripción inicialmente constituida en Haití, en tal momento aquella intervención de la autoridad judicial competente española ya se había producido ya que, tras tramitarse el correspondiente procedimiento ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Almería, y previa constitución de una situación de acogimiento familiar, se dictó Auto de 16 de marzo de 2004 por la que se acordaba la adopción de la menor simultáneamente por los cónyuges ahora recurrentes, con sujeción al Derecho español y, por tanto, con plenitud de efectos jurídicos en nuestro Ordenamiento. El testimonio de dicho auto constituye un nuevo título jurídico, formal y materialmente independiente y autónomo del constituido en Haití, que no ha sido objeto de calificación por el Encargado del Registro Civil Central, pero que en todo caso no tropezará con el obstáculo señala en la calificación ahora recurrida.

La DGRN acordó, de conformidad con la propuesta reglamentaria, confirmar el acuerdo apelado en cuanto declara que la adopción discutida no es inscribible, dejando a salvo la posibilidad de solicitar la inscripción del auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 del Almería que constituye la adopción de la menor con sujeción al Derecho español.

MATRIMONIO

Aun cuando se aportan certificaciones de soltería, el interesado en el trámite de audiencia reservada, en dos ocasiones declaró que había contraído matrimonio en Marruecos hacía cuatro meses, y ello lleva a considerar que el matrimonio pretendido no puede ser autorizado por no haberse acreditado la ausencia del impedimento de vínculo matrimonial, sin que las posibles dudas sobre la validez o no del matrimonio marroquí para el ordenamiento español pueda desvirtuar tal conclusión.

RESOLUCIÓN DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2005

No pueden contraer matrimonio los que estén ligados por vínculo matrimonial *(cfr.* artículo 46.2.° CC), matrimonio que, en caso de contraerse, sería nulo por imperativo de lo dispuesto en el artículo 73.2.° CC. En consecuencia, tales matrimonios no deben ser autorizados y, en caso de serlo indebidamente, no deben ser inscritos en el Registro Civil. Prevenir tales nulidades mediante la verificación de la concurrencia de todos los requisitos legales necesarios para la celebración del matrimonio *(cfr.* artículo 65 CC) es la función propia del expediente previo que ha de tramitar el Encargado del Registro Civil, regulado en los artículos 238 y siguientes del Reglamento del Registro Civil, que sólo deberá concluir con auto favorable cuando haya apreciado la plena concurrencia de los citados requisitos legales, entre los que se encuentra el de ausencia de impedimento de ligamen.

En el caso actual de solicitud de autorización para la celebración de un matrimonio civil en España entre un español y una marroquí, del trámite de audiencia y de determinados documentos incorporados al expediente resultan una serie de circunstancias que no permiten conocer con seguridad el estado civil de los solicitantes, porque aun cuando se aportan certificaciones de soltería, el interesado en el trámite de audiencia reservada, en dos ocasiones declaró que había contraído matrimonio en Marruecos hacía cuatro meses. Ello lleva a considerar que el matrimonio pretendido no puede ser autorizado por no haberse acreditado la ausencia del impedimento de vínculo matrimonial, sin que las posibles dudas sobre la validez o no del matrimonio marroquí para el ordenamiento español pueda desvirtuar tal conclusión, ya que aquél, en la medida en que goza de las presunciones propias del principio de *favor matrimonii*, impide tener por probada la libertad de estado de los contrayentes. A esto se une, además, el desconocimiento recíproco entre los interesados de sus datos personales (fecha de cumpleaños, edad) y las contradicciones en sus respectivas declaraciones en cuanto al tiempo que hace que se conocen o regalos que se han hecho. Todo lo cual hace pensar, como señala el Ministerio Fiscal y el Juez Encargado del Registro Civil que lo que se pretende es servirse del matrimonio con fines migratorios no propios de esta institución.

MATRIMONIO

Se concede la autorización para contraer matrimonio al haber quedado acreditado que ambos conviven al menos desde el año 2004 y que el resto de las declaraciones no revelan desconocimiento relevante de las circunstancias personales y familiares del otro, no pudiendo afirmarse con rotundidad la existencia de simulación.

RESOLUCIÓN DE 10 DE OCTUBRE DE 2005

Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil existe un trámite esencial e imprescindible *[cfr.* Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3.a)], como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido

del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración *(cfr.* artículo 246 RRC).

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, el encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial *(cfr.* artículos 45 y 73.1.° 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 matrimonios celebrados en el extranjero por dos ciudadanos de nacionalidad extranjera, y para el caso de que subsistiendo tal matrimonio, al menos uno 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 intente 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 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 en el enlace se han cumplido los requisitos de forma y de fondo exigidos por la ley extranjera aplicable, requisitos en principio habrán sido apreciados favorablemente por parte de los órganos registrales competentes extranjeros que primero autorizaron y después inscribieron el matrimonio.

La cuestión que ahora se plantea es si tal doctrina debe aplicarse también no ya para los supuestos de matrimonio celebrados en el extranjero y entre extranjeros, sino para el caso distinto de las autorizaciones que solicitan ciudadanos extranjeros para contraer matrimonio en España con otros ciudadanos extranjeros. En principio la regla sobre la ley aplicable a la capacidad y al consentimiento matrimonial, determinada por el estatuto personal de los contrayentes, es la misma en uno y otro caso *(cfr.* artículo 9 núm. 1 CC), y así lo hemos de ratificar ahora ante al evidencia de que si bien nuestro Derecho positivo carece de norma de conflicto específica y autónoma respecto del «consentimiento matrimonial», no debe escapar a la consideración del intérprete que el citado consentimiento matrimonial, como elemento esencial en la celebración del matrimonio *(cfr.* artículo 45 CC), es materia directamente vinculada al «estado civil» y en tanto que tal sujeta al mismo estatuto personal de los contrayentes.

Lo anterior no debe, sin embargo, llevar a la conclusión de que la ley extranjera que integra el citado 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 –que actúa con mayor intensidad cuando de lo que se trata es de crear o constituir una nueva situación jurídica (en este caso un matrimonio todavía no celebrado) frente a los casos en los que lo que se valora es la posible aplicación de la ley extranjera a los efectos de una relación jurídica ya perfeccionada al amparo de dicha ley– 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 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 considerado de orden público.

Es por ello que no cabe admitir ninguna intervención autorizatoria de un matrimonio por las autoridades del foro en que el enlace proyectado se pretenda celebrar bien contra la voluntad, bien sin el consentimiento real de los contrayentes, lo que debe conducir a rechazar la autorización del matrimonio en los supuestos 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 que fuera la *causa simulationis*, o propósito práctico prevenido *in cases*, que actúa como agente de una ilicitud incompatible con la protección jurídica que de la que es propia del *ius nubendi* se desprende a favor de la verdadera voluntad matrimonial. Por ello no cabe excusar la práctica de la audiencia reservada de los contrayentes *(cfr.* artículo 246 RRC), ni obviar la eventual consecuencia de la desestimación de la solicitud de autorización del matrimonio, y ello con el fin de impedir la celebración de un matrimonio claudicante, que nacería con la tacha de su nulidad de pleno derecho, según antes se indicó, si realmente se constata la existencia de una simulación del consentimiento, por lo que procede en todo caso contrastar este último extremo.

En el caso actual se trata de la solicitud de autorización para contraer matrimonio civil en España conforme a la legislación de nuestro país que cursan dos colombianos residentes en España. El auto dictado por el encargado del Registro Civil, quien al omitir toda mención de las normas de Derecho Internacional Privado ha puesto en marcha el denominado «orden público internacional oculto», deniega la solicitud por estimar, frente al criterio del Ministerio Fiscal, que no existe voluntad de contraer verdadero matrimonio, conclusión que se llega en base a los siguientes hechos: los solicitantes han manifestado que no contando doña P.A. con permiso de residencia y habiéndosele negado tras solicitarlo, «el gestor dice que la mejor manera es ésta» y que han decidido casarse «porque le interesa», manifiestan, respectivamente él y ella. Ahora bien, si se tiene en cuenta que resulta acreditada en el expediente que conviven juntos, al menos, desde julio de 2004; que el resto de las declaraciones no revelan desconocimiento relevante de las circunstancias personales y familiares del otro, no puede afirmarse con rotundidad la existencia de simulación.

Por tanto, si se tienen en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la celebración del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.° de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa».

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No existe ningún obstáculo para que se inscriba en el Registro de la Propiedad la adjudicación de una mitad indivisa de un bien ganancial a favor de uno de los cónyuges quedando la otra mitad pendiente de liquidación.

RESOLUCIÓN DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2005

La cuestión que se debate en el presente recurso, consiste en decidir si un convenio regulador de separación, aprobado por sentencia judicial, en el que se adjudica al marido, entre otros bienes, una mitad indivisa de una finca inscrita como ganancial, es inscribible en el Registro de la Propiedad, o por el contrario, como sostiene el Registrador, no puede acceder a él, por cuanto la otra mitad indivisa quedaría inscrita a nombre de una sociedad de gananciales disuelta, siendo así que el Código Civil impone que disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación, la cual en su opinión debe ser íntegra.

El defecto tal y como está formulado no puede ser mantenido. Aunque el artículo 1396 del Código Civil determina que «Disuelta la sociedad de

gananciales se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo de la sociedad», no existe ningún plazo legal para que los cónyuges deban practicar las operaciones de liquidación, pudiendo permanecer de forma prolongada en el tiempo, una sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, al igual que la formación del inventario, es una exigencia lógica para llevar a cabo correctamente el proceso liquidatorio (habiendo pluralidad de elementos integrantes del activo y pasivo), pero no una obligación jurídica de los cónyuges *(cfr.* también artículo 808.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), aunque la falta de una regular observancia de las disposiciones prevenidas en la ley respecto de su confección, impone a los cónyuges especiales obligaciones y responsabilidades respecto de terceros *(cfr.* artículo 1401 del Código Civil).

Por lo que se refiere a la propuesta de convenio regulador en los supuestos de separación y divorcio, aunque el artículo 90.d) del Código Civil, se refiere entre los requisitos que al menos debe contener, «la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio», esta expresión no sólo tiene que entenderse referida a los casos en que exista régimen económico matrimonial que deba liquidarse, excluyendo el caso de regímenes no comunitarios (como el de separación de bienes), sino que debe interpretarse también como posibilitadora de la existencia de convenios reguladores que no contengan la simultánea liquidación del régimen económico matrimonial o que lo haga sólo parcialmente, lo que vendría sustentado en las siguientes consideraciones:

a) Se trata de una materia de índole patrimonial, que afecta a los particulares intereses de los cónyuges y que claramente debe regirse por el principio dispositivo (artículo 1255 del Código Civil), siempre que se respeten los principios de orden público que son de aplicación a las capitulaciones matrimoniales (artículo 1328 del Código Civil).

b) El artículo 90.d) del Código Civil, no impone un determinado contenido al Convenio Regulador, limitándose a señalar que deberá referirse a la liquidación, «cuando proceda». Por su parte el artículo 777.2 de la ley de Enjuiciamiento Civil, no contempla el contenido que deba tener la propuesta de convenio regulador, remitiéndose en esa materia a lo establecido en la legislación civil sustantiva.

c) Es práctica habitual dejar para un momento posterior el acuerdo de liquidación del patrimonio común, sin duda por la conveniencia de encontrar, entre tanto, una rápida solución al conflicto personal planteado. Esta posibilidad viene reconocida en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al determinar que una vez ratificada por los cónyuges la solicitud de separación o divorcio, se dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio, la cual puede no aprobar en todo o en parte el convenio regulador propuesto *(cfr.* apartados 6 y 7 de dicho precepto legal).

d) Sería ilógico que el artículo 91 del Código Civil, en los casos en que no exista acuerdo de los cónyuges o el convenio no fuera aprobado, permita diferir la liquidación del régimen económico matrimonial al ulterior trámite de ejecución de sentencia, y no cupiera esa posibilidad en los convenios adoptados de mutuo acuerdo.

e) La propia jurisprudencia admite la existencia de convenios homologados judicialmente, en los que no se incluye parte del activo y del pasivo de la disuelta sociedad de gananciales y sin embargo estima que esas omisiones no restan eficacia al convenio que se mantiene subsistente, siendo posible que el mismo se adicione o complemente, bien por el acuerdo de los cónyuges (artículo 1079 en relación con el 1410 del Código Civil) bien judicialmente *(vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1992, 20 de noviembre de 1993, 21 de septiembre de 1994, 7 de noviembre de 1997, 21 y 23 de diciembre de 1998 y 30 de junio de 2003).

f) La posibilidad reconocida por el propio Código Civil en su artículo 1409, de la existencia de liquidaciones de dos o más sociedades de gananciales, pone de manifiesto que en ese caso existen varias sociedades de gananciales disueltas y alguna o algunas pendientes de liquidar.

Cuestión distinta, es que la adjudicación de parte de esa finca, no fuera realmente lo querido por los cónyuges, por incurrir en el error de creer que la otra mitad ya pertenece «por ganancialidad» al esposo adjudicatario. Mas en ese caso, los cónyuges podrán proceder a complementar la liquidación, bien por el acuerdo mutuo bien judicialmente o en último caso, al ser un contrato que para su validez requiere de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, pueden demandar su nulidad por vicios del consentimiento (artículo 1301 del Código Civil).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Apareciendo una finca inscrita a favor de ambos esposos y para su sociedad conyugal, no puede rectificarse el carácter del bien de ganancial a privativo con la sola alegación efectuada por la esposa de que dicho bien fue adquirido en estado de soltera por adjudicación del Instituto Nacional de la Vivienda.

RESOLUCIÓN DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Apareciendo inscrita una finca urbana a favor de unos esposos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal inscripción extendidas en 1977, se presenta ahora instancia privada suscrita por la esposa solicitando la rectificación del carácter del bien, de ganancial a privativo, alegando que la compra la efectuó ella en estado de soltera por adjudicación del Instituto Nacional de la Vivienda. A la instancia se acompaña el certificado de matrimonio (1974) el contrato de venta del ministerio de la vivienda (1975) sin sello de tal organismo y la escritura de compraventa de 1977. La registradora deniega la rectificación de la inscripción, que a su juicio estaba bien extendida en su día, por falta de consentimiento del esposo.

El defecto debe ser confirmado. Aunque el recurrente alega que se padeció en su día un error de concepto al extenderse el asiento, es más cierto que en realidad invoca error en el título que lo motivó, y para lograr la rectificación del Registro por error en el título el artículo 40, letra d), de la Ley Hipotecaria es tajante al exigir el consentimiento de los titulares o la oportuna resolución judicial. Solamente en casos excepcionales y en virtud de documentos fehacientes y auténticos que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes se puede lograr la rectificación cuando palmariamente resulte de los aportados que el asiento estaba erróneamente extendido.

En este supuesto de tales documentos se desprende lo contrario a lo que pretende el recurrente pues por sí solos no desvirtúan la voluntad expresada en su día ya que tanto el contrato de adjudicación como la escritura de venta se celebraron con posterioridad a la celebración del matrimonio, por lo que no pueden quedar fuera de la regla general del artículo 40, letra d), siendo correcta la actuación de la Registradora que requiere el consentimiento del esposo o el de sus herederos si hubiera fallecido para acceder a la rectificación.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No se precisa aprobación judicial para la inscripción de una liquidación de gananciales y partición de herencia si en el auto nombrando al defensor judicial no se indicaba nada al respecto.

RESOLUCIÓN DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2005

El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si, para inscribir una escritura de disolución de sociedad conyugal y partición de herencia otorgada por el cónyuge sobreviviente y el defensor judicial de la heredera menor de edad es precisa la aprobación judicial.

El artículo 1060 del Código Civil establece en su párrafo segundo que el defensor judicial designado para representar al menor o incapacitado en una partición deberá obtener la aprobación del juez si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. Al no acreditarse que exista disposición de este tipo en el nombramiento, es obvio que ha de obtenerse y acreditarse dicha aprobación judicial.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se deniega la inscripción de un convenio regulador de separación en el que dentro de la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudica a un hermano del esposo, en pago de un crédito que éste tenía con la sociedad de gananciales, una parte indivisa de unos inmuebles.

RESOLUCIÓN DE 25 DE OCTUBRE DE 2005

En el supuesto fáctico de este expediente concurren las siguientes circunstancias:

a) Mediante convenio regulador de la separación, aprobado judicialmente, los cónyuges liquidaron su sociedad de gananciales, adjudicando, entre otros bienes, determinado piso al marido.

b) Transcurridos dos años desde la aprobación de dicho convenio, y pendiente todavía de presentación a inscripción en el Registro de la Propiedad la mencionada adjudicación, fue aprobado judicialmente nuevo convenio por el que se subsana la liquidación de gananciales inicial, mediante la adición de un garaje y un trastero y la inclusión de una deuda ganancial con el hermano del marido –del que se dice que padece incapacidad–, de modo que se da nueva redacción al convenio regulador primigenio y se adjudican a dicho cónyuge y su citado hermano, pro indiviso, las tres fincas referidas, manteniéndose el resto de la liquidación inicial.

c) La Registradora suspende la inscripción solicitada por considerar que, aun cuando el acreedor tiene derecho a intervenir en la liquidación de la sociedad conyugal para defender sus intereses, no se le pueden adjudicar en pago de una deuda, manifestada por los cónyuges y no por el acreedor (deuda que, según alega dicha funcionaria, no está justificada, ni cuantificada; ni determinado si era líquida y exigible), bienes que deben ser adjudicados en el marco de las relaciones de la sociedad conyugal a uno u otro de los cónyuges, quienes, en caso de asumir la deuda, podrán adjudicar posteriormente en pago de la misma bienes a ellos adjudicados, en virtud de figuras jurídicas y fiscales diferentes del convenio regulador, cuyo ámbito comprende a los cónyuges e hijos que constituyen el núcleo familiar.

Uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, *erga omnes*, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional –artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria–), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Registrador, y así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

Ciertamente, según los artículos 1216 del Código Civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil («a efectos de prueba en el proceso», precisa este último precepto), son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los Secretarios Judiciales (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él –artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–), y conforme al artículo 319.1 de dicha Ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (*cfr.*, también, artículo 1.218 del Código Civil). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (*cfr.* Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras).

Según la doctrina de este Centro Directivo (*cfr.*, por todas, Resoluciones de 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988), es inscribible el convenio

regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y de que éste ha sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación; y ello porque se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado. Pero esta posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador *(cfr.* artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

En el presente caso, indudablemente, y aun cuando se dejaran al margen otras cuestiones como la falta de intervención del acreedor o de determinación de dicha deuda –que, por sí solas habrían de impedir la inscripción solicitada–, el convenio de adjudicación a un tercero en pago de deudas excede del ámbito del procedimiento utilizado así como de las operaciones liquidatorias propiamente dichas, y tiene un tratamiento jurídico distinto al del convenio regulador de la separación, por lo que será necesaria la formalización del negocio jurídico traslativo mediante la correspondiente escritura pública otorgada por los cónyuges y el adjudicatario.

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Fallecido uno de los titulares registrales de un inmueble que les pertenece en pro indiviso, es necesario que los herederos de éste intervengan en el procedimiento de división de la cosa común, por lo que no habiéndose acreditado tal extremo, se deniega la inscripción del auto de adjudicación.

RESOLUCIÓN DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Se presenta en el Registro testimonio de sentencia firme en la que, ejercitada por dos de los condueños la *actio communi dividundo* sobre una finca indivisible, se saca la misma a pública subasta, adjudicándose al mejor postor.

La Registradora, aparte de otro defecto que fue subsanado, suspende la inscripción por el defecto de que, estando la finca inscrita en pro indiviso a nombre de tres personas, no se acredita hayan intervenido en el procedimiento los herederos de uno de ellos, que había fallecido. Los interesados recurren alegando que al copropietario que solicita la extinción del pro indiviso no se le puede exigir que aporte o practique la declaración de herederos de otro copropietario. Se da la circunstancia de que, tanto los instantes del procedimiento como los adjudicatarios son hermanos del copropietario fallecido.

El recurso no puede prosperar. Fallecido uno de los titulares registrales, es una exigencia del tracto sucesivo registral conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que todos sus herederos hayan tenido parte en el procedimiento, para que no sufran las consecuencias de una indefensión judicial proscrita por el artículo 24 de la Constitución, y para que intervengan todos los herederos es imprescindible la obtención del título sucesorio (testamento o declaración de herederos abintestato), para saber quiénes sean éstos.

Revista de Derecho de familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Medidas Previas *inaudita parte*. Requisitos y problemática para su adopción

Cuando la convivencia es imposible y se ha producido algún incidente de violencia familiar, la víctima puede y debe acudir a la jurisdicción penal a fin de que cuanto antes se dicte la oportuna orden de protección (artículo 544 ter de la LECrim) en la que se acuerden, además de las medidas penales procedentes, las medidas civiles que regulen la situación.

Pero el legislador también ha querido que en casos de urgencia, los cónyuges y en su caso los hijos, tengan protección desde el ámbito civil y precisamente por ello, en el artículo 771.2 de la LEC se ha previsto un cauce especial para adopción de medidas *inaudita parte:* "*en la misma resolución* –admisión a trámite de las medidas previas– *podrá acordar el tribunal de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del CC, y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiar*".

1. Presupuestos para la adopción de las medidas urgentes.

La adopción de medidas *inaudita parte* sólo puede estar justificada por una situación de "urgencia" que generalmente estará ligada a supuestos de violencia familiar en los que peligre la integridad física del cónyuge o de los hijos. Ahora bien, la cuestión es cómo se acredita esta situación, porque si ha existido un acto de violencia familiar los tribunales penales ya habrán adoptado las medidas oportunas con lo que deviene innecesario que un tribunal civil acuerde las medidas.

En el Encuentro de Jueces y Abogados de Familia organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid en noviembre de 2003 sobre Incidencia de la LEC en los procesos de familia, se llegó a la siguiente conclusión: "*38.ª– Requisito de urgencia. Para la adopción de medidas previas "urgentes" adoptadas* inaudita parte *no basta con la manifestación de la parte solicitante, sino que debe probarse la urgencia de la petición. Cabe la posibilidad de que el tribunal oiga a la parte personalmente antes de adoptar las medidas, e incluso, si es posible, se recomienda que también sea oído el otro cónyuge cuando ello sea posible y no demore la adopción de las medidas. También es recomendable realizar alguna gestión en torno a la posible existencia de denuncias penales previas*". Por su parte, en el Encuentro de Jueces de Familia de Andalucía celebrado en mayo de 2003, respecto a los documentos que deben acompañarse para acreditar las razones de urgencia se indicó que, "*en caso de malos tratos, la denuncia y el parte de lesiones serían suficientes, o bien sólo la denuncia, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos. Podría servir también el informe emitido por una institución dedicada a la atención de las víctimas de violencia doméstica*".

2. Medidas que pueden adoptarse.

Como hemos visto, la resolución que se dicte *inaudita parte* podrá incluir los efectos a que se refiere el artículo 102 del CC: "Los

cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal; quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica". Igualmente, por disponerlo expresamente el artículo 771.2 de la LEC podrá acordarse lo procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiar. Como puede observarse no se enumera entre las medidas la fijación de un régimen de visitas y quizás el fundamento de ello esté en proteger situaciones de malos tratos o la propia sustracción de menores para trasladarlos a otro país. Por otro lado, tampoco se hace referencia a la fijación de una pensión alimenticia o contribución a las cargas del matrimonio, ya que se trata de medidas que sí admiten cierta demora en su adopción y para las que se requiere la audiencia del otro cónyuge. Si ya se han adoptado las medidas urgentes, pero aún no se ha celebrado la comparecencia de medidas previas, el otro cónyuge, si quiere que se instaure un régimen de visitas puede solicitarlo por vía del artículo 158 del CC.

3. Legitimación para solicitar las medidas urgentes.

La legitimación corresponde exclusivamente a los cónyuges, ya que cualquier otro legitimado para la protección de los intereses de los menores, como pueda ser el Ministerio Fiscal, tiene la vía del artículo 158 del CC para que se adopten las medidas oportunas. Se ha llegado a cuestionar si, en los casos en que no existan hijos o éstos sean mayores de edad, el cónyuge puede solicitar estas medidas urgentes, y la doctrina se ha inclinado por una solución afirmativa, ya que en supuestos de violencia entre cónyuges, la víctima necesita de la misma protección que pudiesen necesitar los hijos menores y por tanto, podría acordarse en su favor la atribución del uso de la vivienda.

4. Tramitación de la petición.

En el artículo 771.2 de la LEC no se regula ningún trámite y atendiendo al contenido de la petición y a los documentos que la acompañen, el tribunal de plano deberá dictar resolución acordando las medidas urgentes. Es significativo que ni siquiera haya previsto el legislador la propia audiencia del cónyuge que solicita las medidas urgentes y que pudiese ilustrarlo sobre la situación familiar existente, máxime cuando para realizar la petición de medidas previas no se necesita la intervención de abogado y procurador, por lo que podemos encontrarnos con peticiones de medidas previas urgentes solicitadas sin observar los mínimos requisitos legales. No obstante, aunque no lo haya previsto el legislador, tampoco lo ha prohibido y en determinados casos el tribunal puede acordar dicha audiencia si con la solicitud no tiene elementos de juicio suficientes.

En el Encuentro entre jueces y abogados de familia celebrado en Madrid en noviembre de 2003 se acordó la siguiente conclusión: "*42.ª– Momento de su solicitud. La petición de medidas* inaudita parte *podrá efectuarse tanto con el escrito inicial como posteriormente si se demora la comparecencia*". Con lo cual hay que entender que cabe la posibilidad de solicitar las medidas urgentes después de presentar la solicitud de medidas y lógicamente, antes de que se haya dictado el auto de medidas previas. El fundamento de esta solicitud posterior no es otro que la demora en la adopción de las medidas, demora que puede obedecer a problemas de citación del demandado, a la solicitud de abogado y procurador del turno de oficio o al excesivo retraso en el señalamiento de la comparecencia de medidas.

Por la trascendencia de las medidas que se puedan acordar, exige el legislador que esta resolución adopte la forma de auto, en el que el tribunal deberá fundamentar la adopción de las medidas. Contra este auto no puede interponerse ningún tipo de recurso, sin embargo, no vemos obstáculo para que en el auto final del procedimiento de medidas previas, el tribunal pueda modificar las medidas que adoptó inicialmente. En teoría estas medidas sólo tendrían una vigencia máxima de 23 días (10 días hasta la citación a comparecencia, 10 días de prueba y 3 para dictar el auto) ya que luego serán sustituidas por las que se contengan en el auto de medidas previas.

Casos Prácticos

I SOCIEDAD DE GANANCIALES

El esposo era propietario de un solar que fue aportado a una Junta de compensación para la urbanización de la zona. Tras el oportuno proyecto de reparcelación, y ya constante el matrimonio, se le ha adjudicado una determinada parcela que no coincidía exactamente con la anterior que pasó a formar parte de los viales. Sobre la nueva parcela se ha edificado con dinero ganancial un inmueble. Producida la separación de los cónyuges, en fase de inventario surge la controversia respecto al carácter del inmueble.

En el supuesto resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1346 del Código Civil según el cual son privativos de cada uno de los cónyuges: 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos. Por consiguiente, si el proyecto de reparcelación otorgó al esposo una nueva parcela ésta tiene carácter privativo.

2 PENSIÓN ALIMENTICIA

¿La cuantía de la pensión alimenticia debe ser igual para todos los hijos con independencia de que sean fruto de distintos matrimonios o de uniones de hecho?

El principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autorizan a fijar los alimentos en distinta cuantía a los establecidos para una situación precedente y a favor de otros hijos del obligado nacidos de un matrimonio anterior, debiendo atenderse en cada caso a las circunstancias y estados concurrentes dado que no puede ignorarse que la pensión alimenticia está en función de los ingresos y patrimonio de ambos progenitores.

3 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Habiendo adquirido ambos esposos y constante el matrimonio un inmueble, desde la separación judicial, ha sido la esposa quien en solitario ha hecho frente al pago de los vencimientos del préstamo hipotecario. Llegado el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la esposa pretende incluir en el pasivo el importe correspondiente al aumento de valor que ha tenido el piso como consecuencia de los pagos efectuados, alegando que si ella no hubiese pagado

la hipoteca se habría quedado el banco con el inmueble. ¿Puede prosperar esta petición?

Entendemos que no, puesto que estaríamos ante un supuesto de enriquecimiento injusto habida cuenta de que ya en el activo se ha incluido el valor actual del inmueble que le repercutirá a la esposa en el lote que se le adjudique. Conforme a lo establecido en el artículo 1358 del CC la esposa tendrá un derecho de reembolso equivalente al valor actualizado de todas las aportaciones que hizo desde la disolución del régimen económico, actualización que en la práctica se calcula aplicando bien el interés legal o el IPC.

4 RÉGIMEN DE VISITAS

¿Puede fijarse un régimen de visitas distinto para cada uno de los hijos?

Aunque lo normal sea que el régimen de visitas sea conjunto y coincidente para todos los hermanos, en situaciones especiales (edad, falta de relación, rechazo de uno de los hijos, etc.) es perfectamente válido que se establezca un régimen de visitas distinto para cada hijo, si bien, el mismo debe estar orientado hacia la normalización con el régimen de visitas del resto de los hijos.

5 VIVIENDA FAMILIAR

Si la sentencia de separación otorgó el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta que se liquidase la sociedad de gananciales, ¿en qué momento se extingue dicho uso?

El criterio mayoritario es que se extingue el uso atribuido judicialmente cuando se dicta la resolución definitiva en la fase de liquidación no admitiéndose prórroga por la interposición de recursos extraordinarios ni por el planteamiento del procedimiento final previsto en el artículo 787 de la LEC.

6 PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque la esposa actualmente trabaja y percibe ingresos similares a los del esposo, teniendo en cuenta que ha dedicado la vida matrimonial al cuidado de los hijos, ¿puede concedérsele una pensión compensatoria?

Para la concesión de la pensión compensatoria, lo primero que debe analizarse es si existe o no desequilibrio económico y si se llega a la conclusión afirmativa, habrá que cuantificarla atendiendo a las circunstancias que se enumeran en el artículo 97 del CC. Por tanto, si en el caso que analizamos no existe desequilibrio económico en el momento de la separación no procederá fijar pensión compensatoria por más que la esposa, durante gran parte del matrimonio, se haya dedicado a la casa e hijos.

7 SOCIEDAD DE GANANCIALES

¿Puede incluirse en el activo de la sociedad la cantidad que se obtuvo hace un tiempo por la venta de una participación en un inmueble?

Si el bien no existe en el momento de la disolución de la sociedad no podrá in-

cluirse en el activo salvo que se acredite que la cantidad obtenida no fue invertida en atender las necesidades de la familia, recayendo la carga de la prueba sobre el cónyuge que solicite su inclusión.

8 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Podría solicitarse la extinción de la pensión compensatoria en base a que los padres del cónyuge beneficiario tienen un importante patrimonio y sobre ellos recae la obligación alimenticia prevista en los artículos 142 y siguientes del CC?

La pensión compensatoria se extingue cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 101 del Código Civil teniendo relevancia la situación económica de los cónyuges y no el de sus respectivas familias.

9 PENSIÓN COMPENSATORIA

Si los cónyuges pactaron en el convenio regulador que no se homologó judicialmente una pensión compensatoria vitalicia ¿existe la posibilidad en el procedimiento contencioso de separación de eliminar el carácter vitalicio?

Aunque las partes así lo hayan convenido en un convenio extrajudicial el criterio dominante en la jurisprudencia es entender que los tribunales pueden modificar el carácter vitalicio y fijar la pensión sin limitación temporal hasta que concurran las circunstancias de modificación y extinción previstas legalmente. La base de esta tesis se encuentra en que la pensión compensatoria no puede nunca considerarse como una renta vitalicia (cuestión muy distinta es que decidan los cónyuges sustituirla por ésta) ni como una contribución indefinida a la que se tenga derecho por razón de haber contraído un día matrimonio, ni menos aún puede concebirse, con carácter general, como un derecho absoluto, incondicional e ilimitado temporalmente, una especie de gravamen vitalicio sobre la economía del obligado al pago, pues su legítima finalidad debe ser la de situar a su beneficiario no en una cómoda situación de permanente dependencia del otro consorte, sino en condiciones de poder alcanzar en un plazo mayor o menor aquella autonomía pecuniaria por actividad laboral a la que constitucionalmente viene obligado, que hubiera podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, pudiendo únicamente establecerse una permanencia de la pensión por tiempo indefinido cuando en el caso concreto concurra una potencialidad real de que el beneficiario, por sus propios medios, no pueda suplir en un plazo razonable el desequilibrio causante de la misma, y ello como consecuencia de las circunstancias personales del beneficiario, su patrimonio, y las propias condiciones personales que le permitan o no subvenir a sus necesidades básicas y en tanto como consecuencia de la separación o el divorcio se genere en el solicitante una peor situación a la mantenida durante la unión matrimonial.

10 RÉGIMEN DE VISITAS

Acordada por el Juez de Instrucción una medida de prohibición de aproximación y comunicación tanto con respecto a la esposa como hacia la hija, ¿el Juez que conoce del procedimiento de separación ha de respetar dicha medida o puede fijar un régimen de visitas?

Mientras se mantenga la orden de protección los tribunales civiles deben respetarla y no pueden modificarla o dejarla sin efecto fijando un régimen de visitas.

11 PATRIA POTESTAD

¿Puede otorgarse el ejercicio exclusivo de la patria potestad a uno de los padres cuando el otro incumple las obligaciones impuestas en la sentencia?

No se establece en el Código Civil unas causas taxativas de atribución del ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva a uno solo de los progenitores, señalándose en el artículo 156 del CC que «en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro» y que «Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».

Ciertamente la atribución en exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores se ha adoptado por nuestros tribunales con carácter restrictivo en supuestos en los que uno de ellos estaba ingresado en prisión, se encontraba en paradero desconocido o sufría una importante enfermedad psíquica. Sin embargo, últimamente se están dando supuestos de atribución exclusiva del ejercicio cuando el progenitor se despreocupa de los hijos, siendo un ejemplo de ello cuando el mismo no contesta a la demanda ni comparece al juicio en el que se debían fijar las medidas paterno-filiales. Por tanto, si el incumplimiento de las medidas es reiterado en el tiempo y la medida beneficia a los hijos, podrá solicitarse la atribución del ejercicio exclusivo a favor del progenitor que convive con los hijos.

12 VIOLENCIA DOMÉSTICA

Habiendo denunciado la madre al hijo por violencia doméstica, éste prestó su conformidad a los pronunciamientos que se solicitaban, entre ellos a la medida de alejamiento, produciéndose acto seguido la reconciliación entre la madre y el hijo. ¿Vincula al juzgador la conformidad a la medida de alejamiento y debe por tanto incluirse en la sentencia?

Al haber prestado su conformidad el acusado el juez debe incluir en la sentencia la medida de alejamiento sin perjuicio de que, en ejecución de sentencia, se comunique la reconciliación para evitar la incoación de un procedimiento de quebrantamiento de condena.

13 VIOLENCIA DOMÉSTICA

Si el acusado por un delito de violencia doméstica consume drogas, ¿procede aplicar automáticamente la atenuante de drogadicción?

La atenuante del artículo 21.2 del Código Penal no opera automáticamente, debiendo constatarse que se trata de una grave adicción y que el delito se haya cometido por causa de su grave adicción.

14 VIOLENCIA DOMÉSTICA

¿Es motivo de nulidad de actuaciones que se haya adoptado la orden de protección acordando la medida de alejamiento sin haber celebrado la audiencia prevista en el artículo 544 ter de la LECrim. aunque el acusado haya declarado en la causa principal?

Si bien el artículo 544 ter, párrafo 4.º, de la LECrim. configura la audiencia como un cauce procesal obligado para resolver la orden de protección, que en función del carácter instrumental de aquélla puede insertarse en cualquiera de los procesos por delito previstos en la ley y en el juicio de faltas, de manera que podemos encontrarnos ante una audiencia específica, o bien simultánea con alguna de las que deban señalarse en el correspondiente proceso penal (artículo 505 o 789 de la LECrim. o en el juicio de faltas), ello no implica necesariamente que la orden de protección, en cuanto sólo adopta como medida cautelar una orden de alejamiento sea nula, por la omisión del referido trámite esencial, si ello no conlleva que se haya producido una real y efectiva indefensión, y ello no acontece cuando la medida de alejamiento puede acordarse de oficio, máxime cuando el imputado prestó declaración sobre esos extremos.

15 VIVIENDA FAMILIAR

¿Por el solo hecho de que uno de los cónyuges perciba menos ingresos que otro es motivo suficiente para que se le atribuya a éste el uso del domicilio familiar?

Solamente, cuando uno de los cónyuges necesite realmente el uso del domicilio, bien por su precariedad económica, bien por razones de enfermedad, etc., podrá acordarse que el uso del domicilio sea a su favor y además por un plazo determinado, pero tal necesidad no puede basarse simplemente en el hecho de que uno tenga menos recursos que el otro, o tenga más gastos, sino en una verdadera necesidad que deberá acreditar.

16 DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Existiendo un solo bien propiedad de los cónyuges ¿puede solicitarse junto con la demanda de separación o divorcio la división de la cosa común?

Si los cónyuges están casados en régimen de gananciales el procedimiento adecuado para liquidar el bien no es otro que el previsto en los artículos 809 y sigientes de la LEC y por tanto no podrá acumularse al procedimiento matrimonial.

Si el régimen económico es el de separación de bienes, en territorio de derecho común, no creemos que sea posible la acumulación al tramitarse las acciones por vías procedimientos distintos. Sin embargo, en Cataluña, por aplicación del artículo 43 del Código de Familia cabe instar en la demanda de separación o divorcio, la disolución de la cosa común y su realización en ejecución de sentencia.

17 FILIACIÓN

En los procedimientos de reclamación de paternidad, ¿cuándo procede excluir al padre de la patria potestad?

La exclusión de la patria potestad procede cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado, no se allana a la pretensión.

18 UNIONES DE HECHO

¿Puede solicitarse una pensión a favor del conviviente de hecho conjuntamente con la pensión alimenticia de los hijos menores y mayores de edad?

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han adoptado el criterio de que a través del procedimiento previsto en el artículo 770.6 de la LEC únicamente pueden sustanciarse las peticiones que afecten a las medidas paterno-filiales, incluida la atribución del uso de la vivienda familiar, y los alimentos de hijos mayores de edad dependientes económicamente de sus progenitores. Por tanto no podrá acumularse la petición de que se fije una pensión a favor del conviviente de hecho.

19 ALIMENTOS

Si el padre acredita que tiene una enfermedad que le impide desarrollar adecuadamente su trabajo, ¿procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos?

Sólo procederá la reducción cuando acredite que tiene una real y efectiva disminución de sus ingresos y además que es de tal entidad que, de abonar la pensión establecida, quedarán desatendidas sus necesidades vitales.

20 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Influye en la cuantía o vigencia de la pensión compensatoria que las hijas hayan alcanzado independencia económica y que continúen conviviendo en el domicilio familiar?

La independencia económica de las hijas podrá determinar la extinción de la pensión alimenticia fijada a favor de ellas pero, en principio, no tendrá repercusión alguna en la cuantía o vigencia de la pensión compensatoria. Sólo en los casos en que haya sido determinante para la fijación de la pensión alimenticia la dedicación futura de la madre a los hijos podría cuestionarse su reducción.

21 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Acreditado el pago realizado directamente a las hijas mediante ingresos en una cuenta bancaria abierta a nombre de ellas, ¿procederá estimar la causa de oposición a la ejecución instada por el progenitor con el que conviven aquéllas?

El criterio mayoritario entre la jurisprudencia es considerar que estos pagos no tienen eficacia para extinguir la obligación al no haberse efectuado a favor de la persona que se encuentra legitimada para el recibo y administración de la pensión.

22 ALIMENTOS

¿Deberán computarse como ingresos a efectos del cálculo de la pensión alimenticia de los hijos las dietas que percibe el progenitor no custodio?

El criterio mayoritario es computar como ingresos del obligado al pago lo percibido por este concepto, salvo que se demuestre que estaban dirigidas a compensar determinados gastos extraordinarios, pero siempre en función de la alegación y prueba contradictoria desarrollada en el juicio por parte de quien lo invoca.

Revista de Derecho de

familia

DERECHO CANÓNICO

La íntima conexión entre la falta de libertad interna y el temor reverencial

JULIO ORTIZ HERRÁIZ

Abogado del Tribunal de la Rota. Profesor de la Universidad Complutense

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. DIFICULTADES PROBATORIAS DE LOS REQUISITOS DEL MIEDO REVERENCIAL EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES

III. EL MIEDO REVERENCIAL ESTRUCTURAL

IV. CONCLUSIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

Al abordar y analizar realidades complejas la sabiduría popular suele emplear con acierto la expresión de que las cosas no son ni blancas ni negras. La conducta humana presenta todas las tonalidades del gris. Pertenece a la humana condición la imposibilidad de engendrar actitudes químicamente puras. Nuestras obras son aleaciones de buen y mal metal, a veces con mucha ganga, a veces con inestimables piedras preciosas. Sin embargo, lo que sí existe en nuestras conductas es una polaridad, una tendencia, una orientación. Descubrir esa tendencia es importante, porque la justicia humana, siempre llena de deficiencias, encuentra en esa orientación un indicio válido para enjuiciar.

Ya decía ARISTÓTELES[1] que la única justicia es la equidad –la justicia del caso concreto– comparándola con esa regla de plomo flexible utilizada por los arquitectos. Y si es difícil medir la superficie de una piedra rugosa que requiere adaptación de la regla a sus dimensiones cóncavas y convexas, cuánto más difícil resultará la flexible adecuación de la norma a los ilimitados pliegues y repliegues de la conducta humana. Esta misma idea ha sido expresada en toda su densidad humana y jurídica por CALAMANDREI: «la angustia más obsesionante para un juez escrupuloso es precisamente ésta: sentir, sugerida por la conciencia, cuál es la decisión justa y no conseguir encontrar la norma para demostrarla según lógica».[2]

1. ARISTÓTELES, *Etica a Nicómano*, Libro V, cap. X «De la equidad», p. 148.

2. P. CALAMANDREI, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. esp., Madrid, 1936, p. 167.

Estas ideas iniciales enmarcan la temática en cuyo trasfondo puede insertarse el presente trabajo, que se constituye por el comentario a una sentencia de la Rota Española[3] sobre miedo reverencial invalidante del matrimonio. Antes de entrar en la materia específica objeto de análisis, parece oportuno recordar que los problemas de interpretación sobre los vicios del consentimiento matrimonial han sido una constante en la jurisprudencia canónica. Como ha sido extensamente estudiado por la doctrina, en materia de *error qualitatis* –por ejemplo– ya en 1967 explicaba Víctor Reina el proceso de extrapolación de la condición en estos términos: «*la* ***qualitas sub conditione*** resulta una de las vías abiertas en la legislación canónica para solucionar casos extremos de *error qualitatis dolose causatus*»[4]. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia ante la imposibilidad de resolver de otra manera ciertos casos clamorosos de *error qualitatis dolose causatus*, admitieron las confusas teorías del *error vel dolus recidens in conditionem*[5].

Sin embargo, el hecho de reinterpretar algunos institutos jurídicos por parte de los tribunales contribuye a poner de relieve la jurisprudencia como fuente del derecho, al tiempo que el ordenamiento jurídico demuestra esa nota característica que suele denominarse como **plenitud,** y que sirve para integrar válidamente todos aquellos supuestos que no se subsumen meridianamente en el arquetipo normativo. El estudio que se expone a continuación viene a poner de manifiesto la íntima conexión entre miedo reverencial y defecto de libertad interna en el consentimiento matrimonial.

II. DIFICULTADES PROBATORIAS DE LOS REQUISITOS DEL MIEDO REVERENCIAL EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES

En lo atinente a la prueba del miedo existe cierta contradicción en la jurisprudencia a la hora de fijar los requisitos. Unas sentencias indican que el miedo reverencial debe ser grave, de tal modo que para considerar viciado el consentimiento matrimonial no basta que el mal que amenaza al contrayente sea el mero disgusto de las personas a las que está sometido por vínculo de dependencia[6], y por consiguiente la prueba del miedo *tanto común como reverencial*, exige la demostración, por medio de argumentos concluyentes de dos requisitos: En primer lugar, **la aversión al matrimonio** por parte de la persona que ha sufrido el miedo, entendida dicha aversión como «la voluntad positiva grave y absolutamente contraria a la celebración del matrimonio, por lo que no se puede considerar simplemente el defecto de amor hacia la otra parte»[7], y en segundo lugar, consideran que debe quedar probada la existencia de **coacciones graves** ejercidas sobre la voluntad del contrayente, con hechos y argumentos concretos y ciertos, sin que baste una alusión genérica y ambigua a presiones familiares.

En contradicción con lo anterior[8] se comprueba que otras sentencias sólo exigen para el miedo reverencial las instantes y permanentes súplicas, amenazas frecuentes, disgustos di-

3. Coram Ponce del Tribunal de La Rota de la Nunciatura de España, de 18 de mayo de 2005.

4. V. Reina, *Error y dolo en el matrimonio canónico*, Pamplona, 1967, p. 119.

5. *Ibidem*, pp. 118 y 119. Un estudio completo de la cuestión en M.A. Jusdado, *El dolo en el matrimonio canónico*, Barcelona, 1989, pp. 88-95.

6. Cf. una c. Colagiovanii de 5 de noviembre de 1980 [cf. *Monitor Ecclesiasticus*, vol. CVII (1982-I) 34].

7. TASRRD, c. Palestro, 29 de enero de 1986, en Della Rocca, F., o.c.

8. C. Holbocck, Tractatus de Jurisprudencia S.R. Rotae (Graetice-Vindoboanae-Coloniae 1957) 174.

versos y continuos, o incluso las llamadas amenazas implícitas por medio de palabras suaves, incluso amables pero que llevan dentro un fondo de verdadero peligro[9].

Así las cosas, según esta segunda línea jurisprudencial, para que se dé el miedo reverencial y éste sea cualificado y por tanto invalidante del matrimonio, los requisitos señalados en el canon 1103 adquieren los siguientes matices:

1) Temor fundado de incurrir en la indignación grave y duradera de los padres, en ocasiones cierta o incluso sospechada (la denominada *suspicio metus* o sospecha de miedo a la que nos referiremos más adelante) –admitida doctrinal y jurisprudencialmente– resultando suficiente recurrir en el ámbito de la gravedad relativa del miedo reverencial, –que lo distingue del común o mixto– a las riñas, súplicas inoportunas y continuas[10].

2) La aversión al matrimonio con la persona del otro cónyuge no requeriría necesariamente de un rechazo reiteradamente explícito por actos positivos de la voluntad.

3) En lo que concierne a la coacción moral o presión psicológica, sería únicamente necesario demostrar que la relación de la indignación de los padres con la realidad anómala del psiquismo del sujeto pasivo, produce como efecto ese temor, necesario y suficiente para declarar la nulidad de un matrimonio por miedo reverencial[11].

Con estas indicaciones acerca de los requisitos del miedo nos situamos en **la problemática de su prueba**.

El canon 1608 del Código de Derecho Canónico dispone que los jueces para dictar cualquier sentencia han tenido que alcanzar la *certeza moral* sobre el asunto *ex actis et probatis*, de lo actuado y probado en la causa, valorando las pruebas según su conciencia, respetando las normas sobre la eficacia de ciertas pruebas y con las consiguientes limitaciones que se producen en el contexto de las llamadas pruebas personales –declaraciones de las partes y testigos–.

En efecto, con respecto a las declaraciones judiciales de los esposos, en ocasiones no se puede acreditar su credibilidad, o bien existe una palmaria falta de coherencia entre los hechos que alega el actor –tanto en su demanda como en la fase de instrucción– tratando de demostrar que se casó bajo una situación de miedo reverencial, mientras que la esposa demandada niega los posicionamientos del demandante en la causa y afirma la normalidad de las relaciones, la libertad con que los dos accedieron al casamiento, e incluso, por ejemplo, en los casos de embarazo prematrimonial sostiene con la más absoluta normalidad la aceptación del hijo por los contrayentes y la total irrelevancia del embarazo como un factor de presión para contraer matrimonio.

Otro tanto cabe decir de las pruebas testificales, que en ocasiones son tan pobres que no arrojan resultados para completar las de los esposos. No es difícil encontrarse con que los testigos nieguen que existiera esa presión externa en la que fundamenta el actor su pretensión de miedo reverencial, e incluso como consecuencia del tiempo transcurrido desde que se produjo la situación de miedo resulta que el declarante «no recuerda» o tan sólo se limita a decir que «se casaron por el embarazo»...

9. C. Staffa de 25 de julio de 1952, SRRD, vol. 44, diciembre de 1971, p. 467, SRRD, vol. 61, p. 71, c. Felici y SRRD vol. 53, p. 6, c. Fiore.

10. SRRD, vol. 61, p. 71, c. Felici.

11. C. Mattioli de 14 de noviembre de 1957, en *Monitor Ecclesiasticus*, 1961, p. 204.

La consecuencia de toda esta deficiencia probatoria denunciada con toda razón por la defensa del vínculo en su escrito de observaciones, será que el juez eclesiástico no podrá considerar suficientemente demostrada una verdadera nulidad de matrimonio por miedo reverencial, y en el beneficio de la duda entrará en juego la presunción de validez del matrimonio del canon 1060.

Ante la falta de certeza moral del juzgador caben las siguientes reflexiones:

1. Si a pesar de la deficiencia de las pruebas, el juez en su fuero interno sabe que se ha producido la decisión de contraer por coacción o miedo, ¿no podría quizá intentar adquirir su certeza con la **práctica de una prueba pericial** sobre las condiciones del psiquismo del esposo ante la influencia y presión de terceras personas? Es entonces cuando hay que considerar si el matrimonio puede ser nulo por el *defecto de libertad interna* que realmente es una verdadera «incapacidad» para la autodeterminación. Sobre este particular la Rota Romana se muestra claramente atenta y preocupada por el carácter personalista de la institución matrimonial[12].

2. En otras palabras, en estos supuestos en que es posible que se haya producido la decisión de contraer por coacción o miedo, pero no es el arquetipo del miedo mixto ni reverencial, sino otro sucedáneo del miedo, ¿cómo resuelve el juez la cuestión?

III. EL MIEDO REVERENCIAL ESTRUCTURAL

Para responder a la pregunta planteada en segundo lugar debemos señalar que la cuestión reviste gran complejidad, pues nos encontramos con el problema de la interpretación del requisito de la **exterioridad del miedo (*ab extrinseco*)**, pues **por lo general** la causa externa que provoca el miedo es determinada y concreta y en lo que respecta a las causas externas difusas constituidas por situaciones ambientales, psicológicas o de peligro que presionan sobre una persona que siente temor por los males que le pueden sobrevenir y que el matrimonio podría evitar no constituyen la exterioridad del miedo[13]. Por lo cual el miedo intrínseco (*ab intrínseco*) es decir, el que se produce el propio individuo **sin que concurra una causa extrínseca propiamente dicha**, como quien teme a sus remordimientos, a su exclusiva responsabilidad, o a castigos ultraterrenos sería irrelevante[14], y solamente si se demostrara que la perturbación mental por causa del miedo intrínseco le privara al *metus patiens* de libertad de elección, el matrimonio sería nulo por falta de consentimiento como consecuencia de la perturbación psíquica, pero no por causa del miedo[15]. *A sensu contrario*, no es indescartable que un miedo que nace de una peculiar situación pública o de un singular clima psicológico público que conlleva una sutil violencia capaz de causar una intimidación grave y a veces angustiosa **pueda viciar el consentimiento matrimonial**[16]. En el supuesto del miedo extrínseco el contrayente se da cuenta perfectamente de que no iría a consentir en el matrimonio

12. Así por ejemplo, es conocida la Sentencia coram Massimi de 10 de julio de 1931 (SRRD, vol XXXII, dec. 32, núm. 2) y otra coram Anné de 26 de enero de 1971, publicada en *Il Diritto Eclesiástico*, 1972, enero-junio, pp. 3 y ss.

13. Cfr. R. Navarro Valls en *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, p. 307.

14. Sentencias rotales (c. Ferraro de 11 de abril de 1972). (SRRD, vol. LXIV, p. 168). (c. Masala SRRD, vol. LXII, dec., 15 aprilis, p. 347).

15. SRRD, Sentencia de 27 de octubre de 1965, coram Palazzini, vol. 57, dec. 150; 2 de diciembre de 1972, coram Ewers, vol. 62, dec. 288; 24 de noviembre de 1981, coram Huot, IDE, 1983, II, pp. 34 ss. 19 de diciembre de 1985 coram Stankiewicz, IDE, 1986-II, pp. 311 y ss.

16. J. José García Faílde, *La nulidad matrimonial hoy*. Bosch, p. 167.

de no mediar la circunstancia de la coacción: en el miedo se es consciente de que al matrimonio se va como una fórmula de liberación de la violencia.

Sorprende y es particularmente significativo que una consolidada práctica rotal en supuestos de miedo intrínseco como son en particular la sospecha de miedo, el miedo sobrenatural y las amenazas de suicidio, declare la nulidad del matrimonio por miedo *ab extrinseco* cuando en realidad es *ab intrinseco*[17], como si existiera un gran reparo o *alergia* para otorgar carácter invalidante al **miedo intrínseco**[18]. Como ha visto con agudeza O. Giacchi[19], el requisito de la «exterioridad» implica la necesidad de que la amenaza venga del «exterior» y esto nada tiene que ver con el carácter «extrínseco» o «intrínseco» del «mal» amenazado, el cual en nuestro caso, puede ser «interno» (sentido de culpa) o puede ser «externo» (daño social).

Profundizando en este criterio de la **exterioridad del miedo** nos encontramos sentencias de Tribunales eclesiásticos en cuya parte dispositiva se responde a la fórmula de dudas en los siguientes términos: «*consta de la nulidad matrimonial en el caso por causa de* **miedo externamente inferido** *sobre el varón para librarse del cual eligió contraer el matrimonio en cuestión*»[20]. Pero examinando estas sentencias comprobamos que «el miedo externamente inferido» **es el miedo intrínseco**, surgiendo variantes del miedo como el denominado **miedo ambiental o miedo a la presión social** que tiene que ver mucho con la sospecha de miedo[21] y que tiene su origen en la inminencia de una serie de males causados por la propia sociedad, reaccionando ante la decisión de desistir de unas proyectadas nupcias. Esa serie de males fundamentalmente consiste en la pérdida de la reputación, estima o respeto, por incumplirse la promesa hecha o por contradecir la opinión dominante, males a los que, a veces, se añaden otros, tales como la pérdida de un empleo, la hostilidad social muy grave desde las costumbres reinantes, por ejemplo, en ciertos ambientes rurales en tiempos pasados no muy remotos o cuando esta situación de vergüenza y bochorno se lleva a efecto por medio de familiares, haciendo ver que dichos males sobrevendrán no sólo sobre el sujeto sino también sobre la propia familia. El miedo resultante es a la vez ambiental y reverencial[22].

17. C. Fidecicchi, Sentencia de 18 de marzo de 1944; SRRD, vol. XXXIX, p. 169.

18. No se entiende cómo se admite también para esos casos de miedo *ab intrinseco* el remedio admitido para los casos de miedo *ab extrinseco* (J.J García Faílde, *La nulidad matrimonial*..., ob. cit. *p. 167)* o quienes con buen criterio señalan que la irrelevancia del *metus ab intrinseco* constituye una incoherencia (L. De Luca, *Matrimonio canónico*..., ob. cit., p. 625).

19. *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milán, 1968, p. 182.

20. Sentencia del Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de Mérida-Badajoz de 29 de mayo de 1998 y otra de 11 de abril de 1995 confirmada por Decreto de 14 de julio de 1996 por el Tribunal Interdiocesano de segunda instancia.

21. La llamada *suspicio metus* es la figura doctrinal y jurisprudencialmente admitida como base de nulidad conyugal en ciertos casos y condiciones. Consiste en que no ha habido mal alguno amenazado, pero el contrayente sospecha fundadamente que si se niega a casarse, le seguiría un grave mal. Hay autores (Dossetti, por ejemplo) para quienes la *suspicio metus* es irrelevante porque no hay ni existe en realidad alguna intimidación y se debe tratar de una amenaza procedente de una causa externa humana (G. Doseetti, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Milán, 1943, p. 161, núm. 52).

22. Cfr. Adrián González Martín en la sentencia antes mencionada de 11 de abril de 1995 dictada por el Tribunal Interdiocesano de Sevilla en Badajoz. Por otra parte, algunos autores como González del Valle señalan que el problema más que de externidad es de gravedad, añadiendo este citado autor que cuando la pérdida de la reputación acarrea otras pérdidas, nos encontramos en la necesidad de evitar un mal proporcionalmente grave (cf. González del Valle, *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona, 1983, p. 41).

Un caso particular: la coram Ponce de 18 de marzo de 2005.

Quiero a continuación hacer referencia a un Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en el que se confirma la Sentencia del Tribunal Eclesiástico de Madrid de fecha 1 de septiembre de 2004 y que declara la nulidad del matrimonio «por vicio de consentimiento por temor reverencial padecido por el esposo», subrayando un factor –a mi juicio– de capital importancia: en la prueba pericial el perito psicólogo alude en su informe al **«miedo estructural»**.

– Breve síntesis de los hechos:

El contexto familiar en el que fue educado el actor era muy rígido. A muy temprana edad falleció el hermano mayor por lo que el demandante vivió como hijo único durante trece años hasta que contrajo matrimonio.

Su padre, marino de profesión era un hombre muy autoritario e inflexible, de carácter muy fuerte, con un profundo sentido del honor y del deber, que educó a su hijo dentro de esos parámetros con la mejor de las intenciones. El resultado de esa férrea educación fue el de crearle una personalidad inmadura, acatando todas sus decisiones que a modo de órdenes influían en la configuración de una persona débil, sumisa, y dependiente.

Una vez que le comunicó a su padre que tenía novia, éste le contestó con tono violento: «¡Pero cómo es que tienes novia si eres muy joven!». En esas específicas circunstancias y en ese ambiente de especial rigidez, su hijo tenía el convencimiento serio de que, *en caso de negativa al matrimonio, a su padre le iba a decepcionar o le iba a causar un fuerte disgusto, porque sentía vergüenza de pensar que le considerara un «veleta» a la hora de elegir una mujer. Si tenía novia, ésta ya sólo podía ser su esposa*.

Contrajeron matrimonio canónico en el año 1961. Una vez casados, la vida en común discurrió siempre con complicaciones. Nacieron dos hijos y esta circunstancia agravó los problemas existentes en un matrimonio ausente de amor.

Para no hacer extenso el relato fáctico, en el año 1993 la esposa le dirige una carta a su marido en la que reconoce que ella se casó por la influencia de su madre y le manifiesta: «no te culpo de nada, simplemente no hemos acertado en una elección decisiva de la vida, y los dos hemos sufrido las consecuencias».

Con fecha 7 de marzo de 2002 el esposo presentó demanda de nulidad de su matrimonio ante el Venerable Tribunal Eclesiástico de Madrid, que fijó la fórmula de dudas en los siguientes términos: «SÍ CONSTA DE LA NULIDAD DE ESTE MATRIMONIO POR FALTA DE VÁLIDO CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL POR **MIEDO REVERENCIAL PADECIDO POR EL ESPOSO EN ESTE CASO»**.

– El informe pericial psicológico del esposo[23]:

El informe pericial realizado señala en las conclusiones diagnósticas: «El hecho de ser –durante su infancia– hijo único, con el antecedente de haber perdido un hermano, y el período histórico en el que vivió esta etapa de su vida fueron elementos coincidentes que provocaron una sobreprotección de sus mayores hacia él. Pero en esa sobreprotección so-

23. En estos supuestos de miedo por temor reverencial se ha de considerar de gran relieve probatorio la prueba pericial psicológica o psiquiátrica, al hacerse la misma de suma importancia para precisar la real afectación del psiquismo del contrayente bajo miedo por un conocimiento científico de las condiciones subjetivas del mismo y a su luz, concretar tanto la receptividad como la intensidad del influjo mediatizador del voluntario. (Cfr. Santiago Panizo Orallo en una Sentencia de 30 de enero de 2006). En el presente caso la prueba pericial fue realizada con gran diligencia y profesionalidad por el Perito Psicólogo D. Antonio Carlos Martín Martín. Pericia que fue determinante en la aproximación que se necesitaba para centrar el capítulo del miedo y que el mencionado perito califica como **«miedo estructural»**.

bresalió la que su padre ejerció sobre él por la peculiar manera de hacerlo: inscribiendo en aquel niño un sentido de la norma demasiado estricto, sin margen para la tolerancia necesaria para una mente infantil, cuyas necesidades lúdicas y de relación socio-escolar quedaron excluidas. Esta actitud tan estricta del padre para con él le impidió integrarse en los grupos de su edad, retrasó *sine die* la visión del mundo fuera del prisma de su padre, ¡manteniendo en latencia lo que deberían haber sido sus deseos de independencia y, por tanto, la formación de su propia identidad, que, hasta mucho después fue un calco especular de lo que era su padre, sometido a su control y disciplina, pero anulado por la propia admiración que tenía hacia él. Mientras estuvo en casa y después en la academia, donde de alguna manera seguía sintiendo la extensa mirada-control de su padre, su estado de ánimo siempre estaba condicionado y pendiente de lo que aquél pudiera hacer o decir; por su parte, a nivel individual temía la reprimenda, por otra parte, a nivel familiar le asustaba la discusión entre sus padres... La educación del hijo era propiedad exclusiva del padre, en la que nadie, ni siquiera la madre, podía intervenir. Sin embargo, en esta forma de educarle no había lugar para el diálogo, sólo existía el monólogo, una comunicación unidimensional e incontestable, llegando a controlar su sexualidad de preadolescente... Una de las estrictas normas que su padre le inculcó fue respecto a las chicas: no podía ni siquiera fijarse en ellas por ser algo pecaminoso. Así las dos relaciones sentimentales anteriores tuvieron un carácter platónico (idealización), que una vez se sobrepasaba este umbral se asustaba; en realidad, le asustaba lo que su padre pudiera opinar... De esta forma, cuando la novia, desde la lejanía, le impone que tiene que casarse y la fecha de hacerlo, él no opina, sólo acepta. Y se casó sin apenas haber conocido a la esposa, fuertemente presionado por el temor hacia su padre... Ante el fracaso de su matrimonio empieza a ser el número uno de todos aquellos cursos en los que interviene hasta el final de su vida profesional. Pero no se produce este cambio porque fracase su matrimonio sino porque este fracaso, fundamental en su vida, fue el aldabonazo, junto a los logros profesionales, que necesitaba para comenzar a pensar y, por tanto, a actuar por sí mismo, liberándose de la presión que la sombra de su padre, ejercía sobre él».

Y, resumiendo, termina sus conclusiones diagnósticas diciendo: «En el acto de contraer tuvo una importancia decisiva su estado de alienación psicológica, en virtud de la cual mantenía una identidad especular respecto a su padre, y por lo tanto sometida a sus criterios, a su rigidez, a su visión de la norma social y a los valores del entorno militar en el que él siempre había estado inmerso, por encima de sus propios sentimientos».

Luego, respondiendo a las preguntas de la dirección letrada, contesta: «El miedo a contravenir lo que su padre opinara sobre aquellas cosas que el periciado hiciera era, además del miedo a un peligro externo, también un **MIEDO ESTRUCTURAL**, es decir, es un miedo a sentirse desestructurado internamente, ya que, como hemos afirmado ... su identidad estaba en aquellos momentos organizada de forma especular con su padre. Y esto significa que cualquier desencuentro con lo que él vivenciaba como los deseos de su padre suponía una grave desavenencia consigo mismo. Él no era dueño de sus actos sino que todo debía coincidir con los proyectos y pensamientos de su padre».

IV. CONCLUSIONES FINALES

Como colofón, se trata de analizar y de dar respuesta a lo siguiente: ¿Es necesaria la prueba del miedo que establece la jurisprudencia antes comentada a tenor de la *ratio legis* del canon 1103 con las notas o requisitos para apreciar el miedo común o miedo reverencial? De no cumplirse estas exigencias jurisprudenciales, ¿qué ocurre en aquellos casos en que como el

supuesto analizado se produce en el contrayente una merma de la libertad constatable en las pruebas obrantes en los autos del procedimiento de nulidad que se aproximan al miedo reverencial pero en estricta justicia no lo son? ¿Podríamos hablar en este sentido de un **«miedo reverencial estructural»** como una situación subjetiva de sospecha de indignación grave (*subiectiva existimatio*) por parte del subordinado (en este caso, el hijo) en relación con la valoración de la gravedad intimidatoria de la indignación mostrada por el superior (en este caso, el padre)?

De conformidad con lo expuesto en apartados precedentes de este artículo, la defensa del Vínculo[24] observó con razón que el capítulo del miedo reverencial está íntimamente relacionado con el de falta de libertad interna (discreción de juicio), «hasta el punto de resultar difícil la distinción entre ambos capítulos en la mayoría de los supuestos planteados ante los tribunales». Y para ayudar a diferenciar ambos capítulos se remite a una c. Panizo, de 26 de junio 1995, que, refiriéndose al miedo reverencial, señala: «La violencia moral ha de provenir de una causa externa y no de agentes naturales o de los condicionantes interiores del propio sujeto. Esto no quiere decir que en tales situaciones de falta de libertad interior el consentimiento del sujeto sea necesariamente válido; sólo quiere decir que la raíz de la falta de libertad es distinta y la figura jurídica correspondiente lo es también». Y de hecho, en base a esa argumentación en un caso de matrimonio contraído como solución a un embarazo prematrimonial, desestimó el capítulo del miedo reverencial porque no se daban los requisitos de ese capítulo, ya que «aunque se inculca el matrimonio una vez conocido el embarazo sin embargo ni se amenaza con nada ni las presiones morales denotan una verdadera gravedad». Y sin embargo el tribunal consideró que sí existió una falta de libertad de tipo mixto, en la que concurren ciertas presiones externas con unas condiciones psicológicas que fuerzan a contraer matrimonio que no se desea. Y en el mismo sentido se pronuncian recientes sentencias de la Rota Romana, que insisten en que la mera aceptación por el cónyuge de la decisión de los padres, sin amenazas concretas por parte de éstos en caso de que su decisión no fuese aceptada y sin que los cónyuges opongan resistencia alguna, no constituye prueba de que se haya contraído matrimonio *por miedo* sino, a lo sumo, *con miedo*, como se observa en una c. Lanversin, de 19 de enero 1994.

En este sentido, el Juez Ponente de segunda instancia concluye la fundamentación fáctica del Decreto ratificatorio de la sentencia del Tribunal Eclesiástico de Madrid señalando: «Como afirman tanto la Defensa del Vínculo en primera instancia, como la Defensa del Vínculo en esta instancia, estamos ante una serie de elementos valiosos que sustentan la existencia de falta de libertad interna en el esposo y son serios indicios de la nulidad de este matrimonio. Es por ello que hemos de apelar a las razones ya expuestas acerca de la íntima conexión en el supuesto que nos ocupa, **"la íntima conexión entre la falta de libertad interna y el temor reverencial", sobre el que nos debemos definir**[25]».

24. Doña Carmen Peña García, en su papel de defensora del vínculo con gran acierto apuntaba en su escrito de Observaciones lo siguiente: «... Nos encontramos, a juicio de este Ministerio ante una causa ciertamente complicada. De lo actuado en autos y, especialmente, de la misma confesión judicial del esposo, se deduce que el actor no recibió presiones externas que le obligaran a contraer matrimonio que no deseaba, sino que fue él mismo quien se autodeterminó en ese sentido, por lo que no se cumplirían estrictamente los requisitos de miedo del canon 1103, que exige siempre los requisitos de gravedad y debe venir provocado por una causa externa, lo que en este caso resulta un tanto dudoso, al no haberse producido de hecho una presión cierta sobre el actor para que contrajera matrimonio».

25. Ésta es la respuesta a la pregunta que hacíamos al final del punto 2 de este artículo: «En otras palabras, en estos supuestos en que es posible que se haya producido la decisión de contraer por coacción o miedo, pero ni es miedo mixto o reverencial sino otro sucedáneo del miedo, ¿cómo resuelve el juez la cuestión?» .

En definitiva las dos defensas del vínculo intervinientes en el procedimiento de nulidad, tanto en primera como en segunda instancia[26] sostenían que en el miedo debe haber una causa agente externa, y esto es especialmente exigible en el supuesto de miedo reverencial, donde el carácter moral del mal temido desdibuja de algún modo las fronteras entre este capítulo y el de falta de libertad *ab intrinseco*.

A pesar de todo, la Defensora del Vínculo de primera instancia, que en su escrito de Observaciones, adujo –en cumplimento de su oficio– las objeciones razonables al capítulo del miedo reverencial, concluyó sin embargo su Dúplica en base a *un principio de equidad canónica*, principio general vertebrador del propio proceso canónico y del ordenamiento jurídico canónico, admitiendo finalmente que a la vista de las circunstancias que de hecho concurrían en esta causa, podía el Tribunal «aplicar con flexibilidad y espíritu de justicia la ley a esta causa y declarar la nulidad de este matrimonio por el capitulo invocado de miedo reverencial, teniendo siempre como fin último la *salus animarum* del fiel y su derecho a obtener la tutela judicial efectiva –y rápida– de los tribunales eclesiásticos», sin que ello implique o suponga dejarse llevar por un sentimiento de lástima o compasión.

Ésta parece ser la respuesta al planteamiento inicial y final de este artículo: sin forzar el resultado de las pruebas y de la misma forma que se le concede relevancia jurídica al miedo reverencial, verdadera institucionalización *ex aequitate* de una variante cualificada del miedo, se admitiría la variante de la *suspicio metus* (sospecha de miedo) con idea de evitar que la libertad del contrayente se viera negativamente afectada no sólo por la compulsión efectiva, sino por el peligro o temor de compulsión[27].

26. Doña Laura Armentia Espigares sigue el mismo criterio que la defensa del vínculo de primera instancia: **la externidad del miedo** y dice lo siguiente: «En mi opinión, el acento en el capítulo del miedo, sea reverencial o común se pone en la causa que origina la grave perturbación en el ánimo del contrayente, de modo que ha de ser un agente externo el que provoca el mismo y con la intención de no provocar tal consentimiento aunque, en cualquier caso, tal acción del agente lleve a quien la padece, a contraer matrimonio en orden a evitar el mal que se desprende de quien origina tal miedo. Es decir, la causa del capítulo de nulidad del miedo, sea reverencial o común, ha de ser externa».

27. Santiago Panizo Orallo en su libro *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Trivium, p. 123.

Revista de Derecho de
familia

TRIBUNA ABIERTA

El artículo 1408 del Código Civil. Un gran desconocido

JUAN JOSÉ REYES GALLUR

Abogado. Miembro de la AEFA

Cuando nos enfrentamos a una liquidación de una sociedad de gananciales nos olvidamos la mayoría de las veces de consultar el Código Civil, donde siempre suele estar la solución a nuestro problema, ya que desde los romanos, la sociedad siempre ha sido problemática y ha sido la casuística la que ha llevado a la necesidad de regularla en una norma.

Pues bien, centrándonos en la materia que nos ocupa, cuántas veces nos hemos encontrado con un matrimonio cuya única o principal fuente de ingresos es un negocio familiar, o una sociedad mercantil, y resulta que uno de los cónyuges es quien lo regenta, y claro está que si bien antes generaba beneficios, ahora en el trámite de separación o divorcio, o en la liquidación de gananciales pasa a ser una ruina.

Para evitar que alguien se niegue a liquidar o mejor dicho, para motivarle a que liquide, el Código Civil nos facilita como herramienta el artículo 1408, que bien esgrimido por los letrados y utilizado o sancionado por el Juzgado, puede darnos mucho juego.

El indicado artículo textualmente dice:

> «De la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se rebajaran de éste en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas.»

Ya Manresa[1] nos decía que «el fundamento del precepto no puede ser más racional. Los alimentos se sacan de los productos de la masa común. En la masa común están comprendidos los capitales privativos del cónyuge sobreviviente y del premuerto o sus hijos, y los gananciales, si los hubiere. Mientras dure la liquidación, y hasta que a cada cónyuge se le satisfaga su haber, los bienes producen rentas o frutos, los interesados están privados de su capital y nada más lógico que esos frutos se destinen a la alimentación de los que han de ser y son propietarios de los bienes, y todo lo tienen entremezclado y confundido en ese período anormal, necesario y transitorio».

1. *Código Civil Español*, tomo IX, Madrid, Reus, 1969, p. 929.

La norma pretende, sobre todo, establecer la posibilidad de que los alimentos puedan darse como anticipos a cuenta, y hemos de entenderlo, desde la perspectiva de la no necesidad de los alimentos del cónyuge que solicite la aplicación del artículo[2].

Hemos de entenderlos como un anticipo a cuenta del haber que les corresponderá en el remanente de gananciales. El fundamento pues no es la necesidad, sino la prolongación en el tiempo del proceso de liquidación de gananciales, de ahí que, como nos indica ALBACAR[3] en los comentarios al citado artículo, «Por esta razón, los alimentos a que este artículo se refieren no participan de la misma naturaleza que los debidos entre parientes. Su duración abarca desde el momento en que la sociedad de gananciales se disuelve hasta que el proceso liquidatorio culmina totalmente».

Más adelante nos indica este autor que «la norma está pensando en que los alimentos se detraigan de los frutos y rentas generados por los bienes comunes. Si esto es así, no habrá reducción del haber de los partícipes y sí la habrá en caso de exceso, salvo que el exceso sea igual para todos ellos»

Analizada por tanto la doctrina nos queda acudir a cómo han aplicado los tribunales este artículo y entre las pocas resoluciones consultadas, merece destacarse la de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 27 de octubre de 2000, cuando diferencia entre el derecho a una pensión compensatoria y la aplicación de una prestación económica al amparo del artículo 1408 del CC.

> «**cuando**, como ocurre en el presente caso, los **beneficios con los que se sustenta el matrimonio provienen de un bien postganancial que se posee y disfruta en común**. Aquí no concurren los aludidos presupuestos de la pensión compensatoria, ya que **lo que se da es un derecho del cónyuge no administrador a participar en los beneficios que produce ese bien que todavía sigue siendo común**, con la particularidad de que, dada su situación económica, precisa de una cantidad para atender a su subsistencia, cantidad que igualmente necesita la esposa aunque no sea procedente conferírsela de modo expreso toda vez que tiene un acceso directo a la caja del bar, lo que, como se ha repetido, no impide que deba rendir cuentas de ello a la hora de la liquidación.
>
> **Por esta razón se considera de aplicación el artículo 1408 del CC que consagra un singular derecho de alimentos en tanto no se produzca la liquidación del caudal común y con cargo a su haber a modo de una anticipación de los frutos de la masa indivisa,** fórmula más correcta que la pensión compensatoria que carece de sentido cuando hay un bien común productivo susceptible de atender a las necesidades de uno de los comuneros. Por lo demás, la cuantía fijada en la sentencia se considera correcta y en cuanto a la temporalidad de tal derecho de alimentos es evidente que serán las partes, y muy singularmente la esposa la interesada en poner fin a dicha situación procediendo a la liquidación».

La Audiencia Provincial de Cáceres, Sentencia de 30 de julio de 2001, núm. 217/2001, viene a reiterar igualmente que «**El concepto de alimentos a que se refiere el artículo 1408 del Código** Civil (AP Madrid, Auto de 24 de marzo de 1998) **debe distinguirse del concepto de alimento previsto en el artículo 97 del mismo texto legal** que encuentra su razón de ser en la necesidad del alimentista y el deber del que viene obligado a ello. Mientras no se efectúe la división de la masa consorcial el primer precepto citado ordena que con arreglo a ella se den alimentos al cónyuge, pero que al entregársele la parte o haber que le corresponda se le detraiga del mismo lo que hubiera recibido en la parte que exceda de lo que le hubiere correspondido por razón de frutos y rentas. En esta línea, desde la Sentencia de 30 de noviembre e 1987, el Tribunal Supremo confirma la tesis, mantenida por la parte aho-

2. LACRUZ, así lo entiende en «Elementos del Derecho Civil», IV-1.º, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1990, p. 489.

3. P. 1035 «Comentarios al artículo 1408».

ra apelada, en relación con la disponibilidad de bienes gananciales para atender todas las obligaciones contraídas durante el matrimonio. **Los reclamados en el presente incidente se abonan con cargo a la masa común, a la sociedad de gananciales disuelta pero aún no liquidada por lo que, frente a las alegaciones del apelante, no constituye una obligación para don Antonio, sino para la sociedad de gananciales que administra** (artículos 1375 y siguientes del Código Civil). En esa línea, como acertadamente señala el Tribunal *a quo*, existiendo bienes gananciales pendientes de liquidación y habiendo sido solicitado por uno de los cónyuges sin oposición por parte de acreedores de la sociedad, concurren todos los requisitos exigidos para su concesión.

Asimismo, alega la parte apelante que no es posible conceder una cantidad en concepto de alimentos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1408 del Código Civil , por cuanto en el presente caso los bienes que integran la masa común no producen rentas o frutos. Tampoco puede admitirse el motivo alegado, toda vez que el precepto citado no hace referencia a estos conceptos, salvo en su inciso final cuando señala que liquidada la sociedad ganancial, la cantidad obtenida en concepto de los alimentos a que se refiere este mismo artículo se deducirá de los frutos y rentas que le sean atribuidas una vez se haya efectuado la liquidación. **Esto es, en virtud del precepto citado, se debe conceder al cónyuge que lo solicite, una cantidad en concepto de alimentos que se pagará con cargo a los bienes que integran la masa consorcial y, una vez ésta se haya liquidado, se detraerá la cantidad obtenida en lo que se exceda de los frutos y rentas que le corresponden. Ésta debe ser la interpretación que deba darse al precepto citado habida cuenta de la finalidad de la norma recogida en virtud de la cual se tratan de evitar los perjuicios que se pueden derivar de la excesiva duración o prolongación temporal del proceso liquidatorio».**

En este mismo sentir se muestra la Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencia de 11 de marzo de 1998, cuando en un supuesto muy similar al anterior establece claramente la distinción entre los alimentos convencionales y los que se determinan al amparo del artículo 1408 del CC y así afirma que:

> «El desempeño por el apelante de una actividad remunerada por cuenta propia distinta de la explotación del bar y el hecho de **que sean los rendimientos del local de ambos, hasta tanto sea liquidado el régimen,** no permite con carácter general considerar existente el desequilibrio apreciable para otorgar pensión compensatoria con arreglo al artículo 97 del CC, **sino en todo caso alimentos con cargo al caudal común (artículo 1408 del CC) que pueden ser solicitados por el recurrente,** por lo que resulta improcedente la solicitud de fijación de la pensión compensatoria y por el contrario se estima ajustada la concesión de alimentos en la cuantía de 20.000 pesetas que decreta la sentencia a favor de uno de los hijos del matrimonio.»

Otras sentencias, entre ellas la AP de Zaragoza de 14 de febrero de 2001, vienen a establecer la aplicación del referido artículo 1408 del Código Civil, como un medio para prevenir la dilación del proceso, y así nos indica que «los alimentos que se regulan en estos preceptos no son los que motivan ahora la reclamación, pero ilustran la posición del legislador en orden, no ya a la posibilidad, sino necesidad, de que los cónyuges, pendiente la liquidación, puedan, no obstante la misma, nutrirse del patrimonio en liquidación para atender sus, en términos legales, alimentos. Siquiera luego prevengan (artículo 1408) la compensación con los frutos y rentas y la minoración de su haber en cuanto excedan de aquéllos».

Partiendo como decía al principio de una situación de privilegio del cónyuge titular de la actividad empresarial o profesional la aplicación del artículo 1408 del CC puede llegar, evidentemente según la cuantía que se establezca, a evitar un largo y costoso proceso judicial de liquidación de gananciales, dado que la referida prestación económica puede ser

solicitada, a mi modo de ver, tanto en sede de medidas provisionales al amparo del artículo 103.4.º, como en medidas definitivas o mediante su solicitud en el proceso especial de liquidación de gananciales, de tal forma que de concederse la misma y si ésta es sustancialmente elevada, hará que al cónyuge que controla los ingresos profesionales o empresariales no le sea rentable seguir con el mismo y de seguro que buscará un acuerdo o en el peor de los casos, el otro no estará tan desprotegido.

Menores y televisión

FERNANDO SANTOS URBANEJA

Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba. Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental

PLANTEAMIENTO

El día 22 de septiembre de 2004, con motivo de la presentación en el Congreso de los Diputados del Informe de la Institución correspondiente al año 2003, el Defensor del Pueblo, don Enrique Múgica, alertó sobre el estado de degradación insoportable al que había llegado la programación televisiva, nutrida en buena parte de contenidos zafios y violentos en cualquier franja horaria y mostró su preocupación por los efectos que tales productos pudieran tener en la educación de los niños.

Reclamó, por ello, una reflexión y un cambio de actitud al tiempo que proponía un plan para eliminar la «telebasura» del horario infantil.

Más allá de felicitar muy sinceramente al Defensor del Pueblo por tan necesaria iniciativa, el hecho me lleva a dos constataciones:

Primera: Que cíclicamente alguien alza la voz contra los excesos de la televisión.

La última campaña que recuerdo se puso en marcha en el otoño de 1988 y fue alentada por el propio Gobierno bajo el lema «Aprende a usar la Televisión».

Incluía diversos *spots* en los que se podían ver a distintas personas realizando actividades alternativas y se instaba a los ciudadanos a examinar críticamente las distintas programaciones y a seleccionar aquellos espacios que considerasen más adecuados.

Segunda: Que en los últimos años se ha abandonado completamente la idea de tomar medidas respecto de los adultos, a quienes las cadenas pueden ofrecer, por tanto, toda la telebasura que tengan a bien programar.

La pretendida protección se centra ya sólo en los menores.

Cabe señalar que el Gobierno reaccionó pronto al aldabonazo del Defensor del Pueblo.

El día 24 de septiembre, por boca de la Vicepresidenta Primera doña María Teresa Fernández de la Vega, se anunció el compromiso del Gobierno de tratar de impedir la emisión de la denominada «telebasura» en la franja horaria infantil.

Por otra parte, el propio Presidente del Gobierno hizo un llamamiento al conjunto de las televisiones para que vigilaran sus contenidos y reiteró el empeño del Ejecutivo en propiciar una reforma de los medios públicos de comunicación.

Este estado de cosas propició la firma, el día 9 de diciembre de 2004 en el Palacio de la Moncloa, de un Pacto o Código entre el Gobierno y los máximos responsables de TVE, Antena 3, Tele 5 y Sogecable (Canal +) para erradicar la telebasura del horario infantil (de seis de la mañana a diez de la noche).

Llegados a este punto cabe preguntarnos si la llamada de atención formulada por el Defensor del Pueblo estaba justificada.

No parecen existir dudas al respecto como lo demuestra el hecho de que no haya recibido objeción alguna, al menos que yo conozca.

Entonces ¿Cómo se ha llegado a esta situación? ¿Qué ha fallado en los últimos años o en las últimas décadas?

Con independencia de la respuesta que podamos dar a estos interrogantes, puede ayudarnos a formar nuestro juicio de valor, algunas reflexiones creo que generalmente compartidas:

Primera: La televisión como «ingenio electrónico» es un instrumento neutro susceptible de ser utilizado tanto en un sentido como en el contrario.

Segunda: Difícilmente encontraremos en los países democráticos de nuestro entorno, una oferta televisiva ya sea pública o privada con uniformidad de calidad, temática u orientación de modo que, a lo sumo, podremos hablar de «tendencias» porque se aprecie globalmente cómo ganan terreno un tipo de programas u otros, o se advierta la inclinación a tocar determinados temas pero, resulta difícil imaginar que cualquier persona no pueda encontrar un solo programa que le guste.

Tercera: A la sociedad en general ha parecido no importarle mucho el tema dado que, a diferencia de lo que ha ocurrido con otras materias (empleo, sanidad, tributación, etc.), en ésta no se han detectado especiales reivindicaciones sociales.

Más allá de los profesionales de la enseñanza y de algunos padres, la sociedad ha permanecido muda frente a los contenidos que se ofrecían en la televisión.

Sin embargo estaban pasando cosas graves, algunos fenómenos que paso a describir:

TRÁNSITO DE LA TELEVISIÓN TUTORA A LA CONSIDERACIÓN DEL NIÑO COMO SIMPLE CONSUMIDOR

En el año 1992 Francisco Climent, programador de televisión, señalaba en un artículo titulado «Infancia y Televisión: la ley de la calle», lo siguiente:

> «En el espacio de muy pocos años la relación de la infancia con la televisión ha sufrido un cambio radical.
>
> Hace apenas una década el niño/a era un ser protegido, mimado desde las cadenas públicas, al que se le ofrecían productos muy aquilatados para su nivel de desarrollo y sensibilidad. Se buscaba que en los horarios adecuados existieran las producciones oportunas para las diferentes edades, en una progresión que partía desde el nivel preescolar para, paulatinamente, alcanzar los últimos grados escolares.
>
> Se defendía en todos los foros posibles, el tiempo adecuado de televisión que debía consumir cada franja de edad e incluso se enviaba a los más pequeños a dormir a base de eficacísimos *spots*.
>
> En definitiva, el niño era verdaderamente una especie protegida y la sociedad, consciente de esto, había delegado sus funciones tutelares en esa especie de "abuela electrónica" que era la televisión...»

Posteriormente la oferta televisiva se fue multiplicando de modo imparable, primero los canales autonómicos, después los canales privados y más recientemente la televisión por cable, lo cual ha provocado una competencia brutal por ganar mayores cotas de audiencia. ¡El

mercado manda!, se dice y la rentabilidad ha terminado erigiéndose en el criterio definitivo y determinante.

Los niños no se han librado de este acoso.

Pronto se ofertaron «canales juniors» con 24 horas repletas de programación dirigida a niños y jóvenes.

Los expertos en publicidad saben perfectamente que los niños no sólo son grandes consumidores «directos» de productos destinados a ellos, sino que son además un gran factor en el consumo de sus familiares y allegados, pues está demostrado lo proclives que son los adultos a adquirir productos «de mayores» a instancia de los niños.

En definitiva, del «niño protegido» se ha pasado al «niño consumidor y consumido».

La colonización del tiempo libre

Con el tiempo la televisión no solo ocupó las horas tradicionalmente consideradas de juego o tiempo libre, sino que abarcó todo el horario, desde las 7,30 horas de la mañana hasta la noche.

Así las cosas, como ya manifestaron en 1981 Sahin y Robinson «La colonización del tiempo libre por la televisión, puede ser considerada como otra manifestación del proceso histórico por el cual el tiempo de ocio se ha convertido en un producto (que a su vez) ha sido expropiado».

Todo ello tiene efectos en el comportamiento de los niños. Se han detectado los siguientes:

– Cambios en el sueño, tardanza en la hora de irse a dormir y ansiedad por levantarse cuanto antes para ver los «Primeros programas».

– Disminución de la forma física inversamente proporcional al tiempo que se permanece frente al televisor, pudiendo favorecer la aparición de obesidad infantil tanto la ausencia de ejercicio físico, como por el frecuente consumo durante los programas de aperitivos o alimentos ricos en harinas y azúcares.

En este sentido es patente la preocupación manifestada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre los riesgos cardiovasculares que sufren los menores por falta de actividad física y mala alimentación.

En algunos países europeos uno de cada tres niños tiene problemas de sobrepeso.

La Comisión Europea ha reclamado a los Gobiernos medidas urgentes si se quiere evitar un desastre sanitario.

– Disminución del tiempo dedicado al juego, actividad principal del niño que potencia su desarrollo individual y social, que pone a prueba su creatividad e inteligencia.

El último informe PISA contiene resultados preocupantes.

La evaluación de los conocimientos básicos de nuestros estudiantes de secundaria ha arrojado unos pobres resultados, con la particularidad de que son aún peores que los precedentes.

Seguramente son muchos los factores que han contribuido a ello y quizás no sea la televisión el más relevante pero muchos expertos apuntan a su mal uso como una de las causas que han conducido a esta situación.

Tendencia a la insensibilidad

Durante bastantes años y en pleno horario infantil se han ofrecido programas de adultos en los que se mostraban de manera indiscriminada escenas de violencia y sexo.

En el mes de enero de 2001, con motivo de la celebración en Madrid de las «I Jornadas sobre la influencia de la televisión en niños y jóvenes» se ofrecieron las siguientes cifras.

Durante una semana se podían ver en la televisión una media de 848 peleas, 670 homicidios, 420 tiroteos, 32 secuestros, 30 torturas y 8 suicidios.

Señalaba entonces el Dr. Castells:

«La televisión vuelve a los niños inmunes al horror y le produce un efecto de insensibilización.»

Tendencia al aislamiento

Es un hecho que una buena parte de los niños y de los jóvenes ven la televisión en solitario. A veces porque no hay nadie en casa, otras porque se ve en la habitación.

Ello provoca que «su mundo» se vaya paulatinamente cerrando y los niños y jóvenes se vayan reconcentrando en sí mismos y en un pequeño espacio.

Algunos niños sustituyen los que estarían llamados a ser sus amigos de carne y hueso, por sus héroes televisivos o sus amigos electrónicos.

Hay quien ha dicho que la imagen más genuina de la «post-modernidad» es un individuo solo mirando el televisor.»

Banalización y alejamiento de la realidad

En mi opinión es el aspecto más nocivo de la televisión por las nefastas consecuencias que tiene en la formación del niño.

Todos tenemos que comenzar a aprender cosas nada más nacer. Cada cultura ha elaborado sus propios modelos que va transmitiendo al nuevo miembro a través de los padres, los vecinos, los amigos, los maestros, etc.

El niño deberá ir asimilando paulatinamente esos esquemas de relación o comportamiento que le permitan valerse por sí mismo.

Cualquier cultura mínimamente responsable enseñará a sus miembros más jóvenes, esquemas que respondan a la realidad, que no sean una quimera o una ilusión, salvo que se pretenda dejar a aquéllos indefensos frente a una realidad que no es como la pinta la televisión, una realidad que puede golpear duramente y frente a la que hay que estar preparado para no sucumbir.

Los expertos aconsejan vivamente sacar los televisores de los cuartos de estudio y que los programas se vean con los adultos para que éstos puedan hacer comentarios y tomar posiciones sobre lo que se está viendo.

Ahora bien, si los adultos caen en la inhibición entonces el niño o el joven podrá ver como natural la violencia, el engaño, la explotación, etc., dado que a quien tiene que educarle no le merece ningún reproche o comentario.

¿CABE PENSAR QUE LAS COSAS VAN A CAMBIAR EN EL FUTURO? ¿CUÁLES SERÍAN LAS CLAVES DEL MODELO DE TELEVISIÓN RESPETUOSO CON LOS MENORES?

En los próximos años la televisión seguirá ocupando el papel preponderante que ahora ocupa y acaso lo incrementará.

En estos días se empieza a hablar del apagón analógico y se nos prometen cientos de canales que llegarán por vía terrestre.

La televisión seguirá siendo deseada y disputada.

Actualmente parece que las cosas se están haciendo mejor respecto de niños y jóvenes pero ¿durará mucho?

Todo dependerá de la actitud que tomen al respecto los principales implicados.

Los poderes públicos

El Ejecutivo ha firmado un pacto.

El riesgo es que con el tiempo los firmantes se olviden del mismo.

No sería la primera vez.

Cuando se repasa la legislación que regula la televisión se advierte que las normas protectoras de la infancia en materia de programación y publicidad son muy razonables, incluso muy exigentes. El problema está en su «generalizado incumplimiento».

Sólo el control externo a través de Asociaciones de Padres o Usuarios con capacidad real de actuación, pudiera representar una cierta garantía de que las normas vayan a ser respetadas.

Sería importante en este ámbito la labor del Ministerio Fiscal en cuanto protector de los derechos de los menores y del Defensor del Pueblo del Estado o de las distintas Comunidades Autónomas.

Las cadenas

Deben tener lealtad con lo firmado.

La experiencia de otros países nos enseña que los Códigos Deontológicos han servido de poco.

El sistema educativo

Se ha recibido con esperanza la inclusión en los planes de estudio para los jóvenes de una nueva asignatura denominada «Educación para la ciudadanía».

No es descabellado pensar que el uso adecuado de la televisión, así como del ocio pudiera tener cabida en este ámbito.

Es destacar que la «Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», dedica su primer Título a las «Medidas de sensibilización, prevención y detección» en el que se incluyen medidas dirigidas al ámbito educativo (artículos 4 a 9) y al de la publicidad y medios de educación (artículos 10 a 14).

A nadie se le escapa que los medios de comunicación son claves para erradicar los componentes violentos, racistas, machistas, etc., presentes en nuestra sociedad.

Las familias

Está claro que estamos ante el principal factor.

No hablo de «familia», sino de «familias» dado que actualmente los modelos de convivencia son diversos.

Se presenta como situación ideal el que el niño o el joven vea la televisión junto a una persona adulta dispuesta a comentar o intervenir frente a determinados programas o informaciones.

Esto está muy bien.

Pero ¿tenemos idea de cuál es el porcentaje de adultos que pueden llevar a cabo esta tarea? Y, dentro de los que pueden ¿cuántos están dispuestos?

Creo que aquí nos encontramos con el punto más débil de toda esta construcción. Resulta que lo que se juzga más importante aparece como lo más improbable.

Es decir, que por muy deseable que sea, un elevado porcentaje de niños y jóvenes continuará viendo la televisión solo o con adultos inhibidos.

BALANCE UN AÑO DESPUÉS DE LA FIRMA DEL PACTO

Según un estudio de la Agrupación de Telespectadores y Radioyentes (ATR) y el Centro Universitario Villanueva, de la Universidad Complutense de Madrid, en el mes de noviembre de 2005, TVE-1 con 169 faltas y Antena 3 con 155, fueron las televisiones que incurrieron en más incumplimientos del Código de Autorregulación sobre contenidos, en horario infantil.

Por el contrario, se destaca que TVE-2 es la cadena que cumple más fielmente el Código de Autorregulación.

No deja de llamar la atención que sea precisamente TVE-1 la que aparezca a la cabeza de los incumplimientos. Quizás ello explique que en el mes de febrero la Dirección de RTVE anunciara la creación de la Oficina del Defensor del Telespectador y del Radioyente. Para desempeñar el cargo de «Defensor» se ha nombrado al periodista don Manuel Alonso Erausquin.

Los telespectadores y radioyentes pueden dirigirse al Defensor a través de la siguiente dirección de correo electrónico: defensor@rtve.es

Trimestralmente deberá el Defensor remitir un informe al Consejo de Administración de RTVE en el que se recojan las quejas, dudas, reclamaciones y sugerencias recibidas y tramitadas.

En fin, se trata de una nueva medida que se suma a las ya adoptadas. Sea bien recibida. Demos un margen de confianza a la Oficina y al Defensor.

¡Ojalá!, al cabo de un año, podamos decir que su gestión ha sido eficaz y que ha contribuido verdaderamente a la defensa de los derechos de los telespectadores en general y muy particularmente de los derechos de los más pequeños.

Debemos ser conscientes de que en la educación de nuestros menores nos jugamos buena parte de nuestro futuro.

Ausencia de consentimiento por alteración psíquica y nulidad matrimonial

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada. Doctora en Derecho

INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 73.1.º del Código Civil establece, con rotundidad, que «es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial».

Este precepto que, a simple vista, pudiera parecer muy claro, plantea, sin embargo, una interesante problemática que voy a abordar a continuación centrándome, para ello, en el análisis y estudio de una interesante Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha 14 de julio de 2004. Es una Sentencia, como puede apreciarse, reciente y en la que se abordan cuestiones, apasionantes y muy actuales, referidas a este precepto civil y a su desarrollo y alcance.

LA SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2004: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE NULIDAD MATRIMONIAL

La primera cuestión que hay que plantear por lo que respecta a este tema viene referida a un factor importante: si existe ausencia de consentimiento y sobre éste, precisamente, se apoya el fundamento del contrato matrimonial, estaríamos, en realidad, refiriéndonos a un matrimonio inexistente o, en otras palabras, a la inexistencia de matrimonio. Y, sin embargo, el Código Civil no alude al término «inexistencia», sino que alude a la nulidad. ¿Se trata, por tanto, de dos categorías diferentes o, por el contrario, nulidad e inexistencia son conceptos distintos?

Sobre esta cuestión hay que resaltar que un sector doctrinal, representado por González Poveda (1), ha afirmado que, con la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, el legislador ha prescindido de toda pretensión de establecer una distinción de los diferentes tipos de ineficacia y ha encuadrado, bajo la rúbrica «De la nulidad del matrimonio», supuestos que la doctrina venía considerando como causa de inexistencia. Así, la falta de consentimiento matrimonial o ausencia del mismo.

Asimismo, se ha prescindido de la distinción entre nulidad absoluta, no convalidable, y la relativa o anulabilidad, que sí admite la convalidación, aunque, curiosamente, en la regulación concreta de cada una de las causas de nulidad previstas en el artículo 73 del Código Civil sí está presente esta distinción.

Sin consentimiento matrimonial, no hay matrimonio. Esto parece evidente y, sin embargo, la cuestión no está tan clara como, a simple vista, debería estar. En consecuencia, cabe

preguntarse si es lo mismo inexistencia que nulidad, tal como el Código Civil parece establecer tajantemente. ¿Es el matrimonio contraído sin consentimiento un matrimonio nulo o es que no puede hablarse siquiera de matrimonio o de existencia de matrimonio?

La ausencia total o absoluta de consentimiento en el momento de la celebración de las nupcias va a producir una nulidad absoluta, y esta categoría jurídica habría que distinguirla de la nulidad relativa.

En primer lugar, habría que decir que la ausencia absoluta de consentimiento matrimonial no admite, por su propia naturaleza, la convalidación de un matrimonio así celebrado. Y, por el contrario, el consentimiento viciado sí admite la convalidación.

El artículo 58 del Código Civil, respecto a la celebración, exige del Juez o funcionario que pregunte a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto, debiendo ambos contrayentes responder afirmativamente a esta pregunta, declarando que los mismos quedan unidos en matrimonio.

Por su parte, el artículo 57.2 del Código Civil sitúa en la prestación del consentimiento la esencia misma de la celebración.

Josep María Martinell pone el acento en que estos datos legales se consideran normalmente suficientes para concluir que el carácter constitutivo del matrimonio civil español radica en la voluntad de los propios cónyuges, de donde hay que concluir que dicha voluntad no puede ser suplida por ninguna potestad, siendo la función del oficial del Estado no constitutiva, sino de testigo cualificado (2).

Tal como expresa Para Martín (3), el vínculo conyugal debe ser querido por los interesados y su voluntad debe manifestarse con la prestación del consentimiento.

Mariano López Alarcón ponía de relieve que el consentimiento constituye la sustancia del negocio jurídico matrimonial y, para que exista y sea válido, se requiere que los contrayentes tengan capacidad psíquica para consentir *in re matrimoniali*, que la prestación del consentimiento sea real y seria, no simulada y, por fin, que la formación de la voluntad no esté viciada por anomalías cognoscitivas o volitivas que la Ley haya significado como causas de nulidad (4).

A continuación, y sin haber puesto punto final a la polémica que ha quedado esbozada en torno a las categorías de ineficacia y nulidad, voy a referirme a la Sentencia de 14 de julio de 2004, en relación con el tema de la nulidad por ausencia de consentimiento.

El Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia declaró que el núcleo de la presente contienda judicial venía constituido por la petición de nulidad de matrimonio civil efectuada por la esposa por falta de un conocimiento que conformara un correcto consentimiento, al padecer el esposo una grave enfermedad mental.

La enfermedad mental padecida diagnosticada como «depresión mayor» se reveló en el esposo (demandante) un mes antes de contraer matrimonio. El 19 de mayo de 1992, el demandante acudió a Urgencias del Hospital Psiquiátrico de Bétera remitido por el Hospital de la Fe, donde se le diagnosticó trastorno de ansiedad, remitiéndole al facultativo de su domicilio habitual a fin de que recibiera tratamiento médico psiquiátrico adecuado. Al día siguiente fue visto por primera vez en el Servicio de Psiquiatría del Hospital Clínico de Barcelona, diagnosticándosele un trastorno depresivo mayor recurrente, siendo tratado con diversos medicamentos psicotrópicos. Este cuadro clínico sufrió variaciones, mejorando lentamente. Como consecuencia de la enfermedad mental, le fue reconocida la incapacidad laboral solicitada, situación en la que permaneció durante 18 meses, siéndole reconocida la

invalidez provisional hasta el 20 de diciembre de 1994, fecha esta en que finaliza tal situación por curación.

Hay que resaltar que prestó consentimiento matrimonial el día 19 de junio de 1992, cuando efectivamente se encontraba bajo los efectos de la medicación psicotrópica. La esposa afirmó que su marido estaba triste, si bien desconocía el alcance de la enfermedad a la que, más tarde, derivó. El testimonio del médico, a este respecto, también fue concluyente.

Consta, asimismo, que, en el momento de contraer matrimonio, el trastorno depresivo mayor que padecía se encontraba en fase aguda y de extrema gravedad, según atestiguó el facultativo que le atendió en el Hospital Clínico de Barcelona, por lo que, como consecuencia de ello, tenía sensiblemente reducida su capacidad cognoscitiva y volitiva, teniendo pensamientos negativos e ideas autodestructivas, que le podían abocar a tomar decisiones contrarias a sus intereses, como un acto subconsciente de agresividad autodirigida, tal como manifestó dicho facultativo, agregando que, entre los problemas referidos por el paciente, se hallaba un gran temor e indecisión hacia su próximo enlace matrimonial.

La patología descrita –depresión grave, con pensamientos nihilistas o ideas de ruina o incapacidad– imposibilita la gestión de los propios intereses, encontrándose catalogada junto a las demencias, oligofrenias, psicosis endógenas (esquizofrénicas o maníaco-depresivas), alcoholismo y otras toxicomanías como categoría sindronómica que, cuando persiste, es potencialmente tributaria de la incapacitación, al ser apta para impedir al sujeto gobernarse por sí mismo, pudiéndole impedir que actúe de acuerdo con los principios del funcionamiento social del marco en que se encuentra, por hallarse afectada su inteligencia y voluntad.

El Fundamento de Derecho de esta interesante Sentencia puso de manifiesto, asimismo, que apareció probado que el demandante, en el momento de contraer matrimonio, se hallaba aquejado por enfermedad apta para producir su falta de capacidad, y en plena crisis de tal enfermedad, teniendo en tal fecha sensiblemente reducida su capacidad de conocer y de querer con pensamientos negativos e ideas autodestructivas aptas para abocarle a tomar decisiones contrarias a sus intereses, como acto subconsciente de agresividad autodirigida, y, habiéndose revelado, entre sus angustias, el temor y la indecisión ante el próximo enlace matrimonial, la conclusión lógica es que el demandante, en el momento de contraer matrimonio, prestó su consentimiento teniendo gravemente afectada su inteligencia y voluntad, como consecuencia de su enfermedad y no podía, por ello, conocer y querer el acto que estaba realizando, pues en tal momento sobrepasaba su capacidad.

El informe pericial emitido por el facultativo que atendió al demandante se mostró elocuente y categórico a este respecto, afirmando, con la necesaria claridad, que, en plena fase depresiva y bajo los efectos de los tratamientos antidepresivos, el paciente no se encontraba en condiciones de tomar una decisión tan trascendente como una boda, porque la alteración descrita origina una incapacidad para una vida social y laboral normal, por los sentimientos de minusvalía así como efectos secundarios de los psicofármacos, siempre en dependencia de las dosis que se den.

En consecuencia, el Tribunal Supremo no compartió la valoración probatoria efectuada por la Juez de Instancia, y procedió a reconocer la falta de consentimiento del demandante a la celebración del matrimonio, al amparo del artículo 73.1.º del Código Civil, la declaración de nulidad del mismo y, por ende, la estimación de la demanda.

En el mismo sentido, y por lo que respecta al fondo, se discute una cuestión de hecho: si el consentimiento matrimonial fue válido o no, considerando que el matrimonio se produjo en plena crisis de una depresión grave, teniendo en tal fecha sensiblemente reducida su ca-

pacidad de conocer y de querer, tal como ha quedado anteriormente descrito. El acto que estaba realizando, la celebración de matrimonio, sobrepasaba su capacidad.

Expuesto el texto de esta Sentencia, cabe hacer diversas consideraciones en torno a la problemática tratada.

En primer lugar, me interesa destacar que esta Sentencia trata un extremo que puede parecer novedoso y que, de hecho, en la práctica forense, lo es: el artículo 82 del Código Civil, al referirse a las causas de separación matrimonial, establece, como una de las causas, «las perturbaciones mentales» de un cónyuge, siempre que el interés del otro cónyuge o de la familia exijan la suspensión de la convivencia (artículo 82.4 del Código Civil).

Por tanto, está previsto por el legislador que las perturbaciones mentales pueden ser causa de separación conyugal. En consecuencia, acudir al instituto de la nulidad matrimonial alegando, como causa, una perturbación mental, como lo es la depresión de uno de los cónyuges, es ciertamente novedoso. Tengamos en cuenta que la nulidad es la institución que comporta una sanción, la más grave, sin duda, del Ordenamiento Jurídico. Aquí, en el supuesto que estoy analizando, prosperó, como ha quedado reseñado anteriormente, el recurso, es decir, el Tribunal Supremo falló declarando que, efectivamente, el esposo no se encontraba en condiciones aptas para emitir un consentimiento tan trascendente como lo es el matrimonial.

A partir de esta Sentencia, estimo que hay que plantearse la problemática que, de cara a los próximos años, puede generar el hecho de invocar, como causa de nulidad conyugal, las perturbaciones mentales o psíquicas. Tengamos en cuenta que determinadas perturbaciones psíquicas, tales como la esquizofrenia en grado leve, la histeria, las psicosis maníacodepresivas y otras alteraciones en grado leve o no profundo podrán ser invocadas para demandar ante los Tribunales la nulidad de matrimonio. De ahí que, ante la posible avalancha de demandas a que este hecho puede dar lugar, haya de ser el jurista el que interprete y arroje un poco de luz sobre determinados conceptos que, desde luego, son médicos, pero que no hay más remedio que analizarlos y estudiarlos.

¿Qué es la depresión? ¿Cómo puede definirse, si ello es posible?

El concepto «depresión» está referido a un cuadro psíquico que implica pensamientos dolorosos y pesimistas, con una cierta inhibición psicomotriz y signos físicos, como la anorexia y la fatiga. Se diferencia de la tristeza en que su fuente se encuentra en el psiquismo. Vallejo Nágera, que ha estudiado detenidamente estos trastornos (5), afirmaba que hay un grupo de enfermedades en las que lo que destaca, principalmente, es la existencia de una tristeza profunda, desproporcionada a la situación vital (depresión), o una alegría y euforia inmotivadas (manía). La depresión, por tanto, no es una enfermedad mental en el estricto sentido de la palabra, sino que es más bien una enfermedad del estado de ánimo y de la afectividad.

Otros autores, como Sillamy (6), afirman que la depresión es un estado morboso más o menos duradero, caracterizado por la disminución del tono vital y de la energía, con ansiedad, cansancio, desánimo y tendencia a considerar degradas las cualidades intelectivas, atención y memoria, fundamentalmente.

Para Bleuler (7), la depresión es una forma morbosa, encuadrada dentro de los trastornos afectivos, con el carácter de enfermedad y capaz de configurar una psicosis de angustia y una neurosis de angustia.

Llegados a este punto, hay que volver a plantearse la problemática inicial y alguna cuestión más que es preciso añadir. Así, si una persona depresiva en grado profundo contrae

matrimonio, ¿estamos ante un consentimiento que, en realidad, no existió como tal, sino tan sólo apariencia de consentimiento, o, por el contrario, puede hablarse de un vicio del consentimiento?

En el fondo, la pregunta clave se centra en torno a si estamos ante un matrimonio que adolece de nulidad absoluta o bien se puede hablar, con total corrección jurídica, de matrimonio inexistente o inexistencia de matrimonio.

Desde mi punto de vista, la respuesta a estas interrogantes ha de ser dada en función de la gravedad del trastorno psíquico o alteración mental que sufra el contrayente. En función de ello, habrá un consentimiento viciado o incluso no habrá consentimiento alguno, al ser incapaz el contrayente de prestarlo. En este sentido, el artículo 45.1 de nuestro Código Civil afirma que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, aludiendo el texto legal, a mi juicio, de manera clara, no ya a la nulidad propiamente dicha, sino a la categoría de inexistencia de matrimonio en dicho supuesto.

El artículo 66.2 del Código Civil previene que es suficiente cualquier deficiencia o anomalía psíquica que haga inepto al contrayente para prestar el consentimiento matrimonial. Naturalmente, esas deficiencias o anomalías psíquicas han de afectar a la capacidad de entender (cognoscitiva) y de querer (volitiva), y esa afectación ha de incidir en el núcleo de las obligaciones propiamente matrimoniales, incapacitando al contrayente para su cumplimiento. Sólo así podrá, en efecto, hablarse de ausencia de consentimiento.

Mariano López Alarcón mantenía que la capacidad para prestar el consentimiento matrimonial requiere la ausencia de perturbación psíquica cuando el matrimonio se contrae, anomalía que ha de calificarse no solamente atendiendo a su naturaleza y gravedad en orden a la prestación del consentimiento, sino también en función del objeto del matrimonio, tanto por lo que concierne a la capacidad de conocer dicho objeto como de cumplir las obligaciones esenciales que contiene (8).

A mi juicio, si estamos ante una ausencia de consentimiento matrimonial, no es que debe hablarse de nulidad de matrimonio en este supuesto, sino, con toda evidencia, de inexistencia de matrimonio, y ello aunque el Código Civil guarde silencio en este punto y tan sólo se refiera a dicha categoría jurídica en el precepto ya citado anteriormente, el artículo 45.1.

Antonio Javier Pérez Martín intentó soslayar la dificultad que supone crear la categoría jurídica de inexistencia de matrimonio afirmando que, aunque el artículo 73.1 del Código Civil sanciona con la nulidad al matrimonio contraído sin consentimiento matrimonial, hay supuestos, en realidad, en los que no estamos ante un matrimonio que deba declararse nulo, sino que, al faltar el elemento básico, que es el consentimiento –consentimiento que, recordemos, debe ir referido a la asunción por parte del contrayente de las obligaciones propias del matrimonio–, el matrimonio no ha existido nunca, y cita, en apoyo de su tesis, el artículo 1261 del Código Civil, que establece que «no hay contrato sin consentimiento de los contratantes» (9).

Estoy de acuerdo con la tesis de Pérez Martín y, en cualquier caso, entiendo que no parece muy lógico afirmar la existencia de un matrimonio celebrado con ausencia de consentimiento, porque, al no existir consentimiento, esas nupcias se apoyan en el vacío y el contrayente no consiente en asumir las obligaciones propiamente matrimoniales, teniendo en cuenta la comunidad de vida e intereses que ello supone.

En la Sentencia que está siendo objeto de análisis, veíamos también algo que no deja de ser llamativo: ambos contrayentes eran de buena fe, porque ambos ignoraban la causa de nulidad. El contrayente conocía su estado depresivo, pero, al parecer, la contrayente

solamente consideraba o pensaba que la otra parte –su esposo– estaba triste. Según Carmen López Beltrán de Heredia (10), en materia matrimonial la cuestión es dilucidar si existe, o no, auténtico consentimiento matrimonial, entendiendo esta autora que quien se casa por error, coacción o miedo grave, carece de auténtico consentimiento matrimonial y, por lo tanto, tales «vicios» deberían ser tratados como un supuesto más de falta de consentimiento matrimonial, la causa por excelencia de nulidad de matrimonio, aunque, para ello, deberíamos ponernos de acuerdo a la hora de determinar en qué consiste el auténtico consentimiento matrimonial.

Problemática apasionante suscita, asimismo, el tema de los intervalos lúcidos. ¿Cabe hablar de «intervalo lúcido» en el marco de una depresión? Y, si existen estos intervalos, ¿qué sucede cuando la persona afectada contrae matrimonio precisamente encontrándose en uno de estos intervalos?

Efectivamente; una persona con un trastorno grave de carácter depresivo puede llegar a experimentar, por efecto de la propia medicación, un intervalo en el que recobra, aunque sea transitoriamente, su plena capacidad cognoscitiva y volitiva. Según Pedro González Poveda (11), será válido el matrimonio celebrado por persona afectada por deficiencias o anomalías psíquicas durante un intervalo lúcido, apoyándose, para sostener esta tesis, en un precepto civil, el artículo 665, que no está referido al matrimonio, sino a los testamentos, pero con la prevención –justificada– consistente en defender que los estados lúcidos lo son *per accidens* y no se presumen, por lo que deberá probarse la lucidez.

A mi juicio, cuando una persona con una perturbación psíquica profunda contrae matrimonio encontrándose en un intervalo lúcido, ese matrimonio es válido, siempre que el consentimiento prestado implique la asunción de las obligaciones matrimoniales, pero será susceptible de ser declarado nulo en el futuro, porque la cuestión no es asumir un deber u obligación con carácter transitorio, sino la aptitud para poder desempeñar y realizar el consorcio de vida conyugal con carácter de permanencia. En consecuencia, exigir la capacidad de emitir un consentimiento válido sólo en el acto de la celebración de las nupcias dejaría reducida, tal como ha puesto de relieve un sector de la doctrina española (12), al goce de un intervalo lúcido, lo cual no tiene mucho sentido, habida cuenta de que el matrimonio no es sólo y exclusivamente un acto, sino un estado que se perpetúa en el tiempo, con las consiguientes cargas y obligaciones derivadas del mismo.

Hay que volver a analizar los dos preceptos del Código Civil que se presentan como contradictorios: el artículo 45.1, de un lado («no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», y, de otro, el artículo 73.1 del mismo cuerpo legal que establece que «es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial». ¿Estamos, por tanto, ante matrimonio nulo o matrimonio inexistente?

La incapacidad para tomar decisiones hace nulo el matrimonio, según se desprende del artículo 73.1, pero, si examinamos nuestra Jurisprudencia, vemos que se persiste en la tesis –que entiendo es la más adecuada– que afirma que lo hace inexistente. Sin embargo, la tesis de la inexistencia fue defendida por la doctrina francesa para casos de matrimonio entre dos personas del mismo sexo, aunque, en la actualidad, esto ya no tiene ningún sentido para nuestro país al haberse procedido a legalizar las uniones de homosexuales y ser reguladas éstas en equiparación de condiciones. En cualquier caso, nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse sobre este extremo, polémico, sin duda, como, por ejemplo, lo hizo en una interesante Sentencia dictada el 18 de septiembre de 1989, resolviendo el supuesto de un matrimonio contraído por una persona que no estaba en el pleno ejercicio de su razón, y declarando que «lo que el número 1.º del artículo 73 del Código Civil denomina

nulidad del matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, cuando más certeramente debiera haberlo calificado de inexistencia, comprende aquellos supuestos en que la declaración procede de una persona que no está en el pleno ejercicio de su razón, como ocurre con algunas de las enfermedades mentales».

Esta Sentencia se refiere, efectivamente, a matrimonio inexistente o inexistencia de matrimonio, siendo evidente que, cuando no se puede asumir un deber u obligación, porque no se puede cumplir, el consentimiento así emitido recae o incide en el vacío, ya que el consorcio de vida conyugal no puede desconectarse del conjunto de obligaciones que dicha comunidad de vida requiere y que aparece regulada en los artículos 66, 67 y 68 de nuestro Código Civil.

El consentimiento matrimonial no puede desconectarse del objeto sobre el que recae e incide. J.L. Santos Díez afirmaba, a este respecto, que no basta con la aptitud subjetiva para emitir el consentimiento, que es un mero acto humano, sino que debe ir acompañado también, y de manera necesaria, de la aptitud objetiva de la persona, en cuanto constituye requisito ineludible del objeto del consentimiento, como aptitud para asumir y realizar el consorcio de vida conyugal (13).

Por último, voy a referirme, brevemente, a una cuestión que, desde hace tiempo, ha venido debatiéndose en relación con este tema: sabemos que el artículo 82.4 del Código Civil, en sede de causas de separación matrimonial, establece que las perturbaciones mentales son, efectivamente, causa de separación. A la vista de este precepto, cabe preguntarse si tiene algún interés acudir a la vía de la separación judicial por causa de perturbaciones mentales cuando el propio artículo 73 del Código Civil, al enumerar las causas de nulidad, se refiere, precisamente, al matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial y, tal como ha quedado apuntado en páginas atrás, esta ausencia de consentimiento puede tener su origen en perturbaciones mentales, tales como la depresión, la psicosis maníaco-depresiva, la esquizofrenia, la paranoia, etc. Siempre que la perturbación mental exista en el momento de la celebración de las nupcias, cabrá accionar judicialmente por la vía de la nulidad. El problema, de todas formas, se ceñirá en determinar si el contrayente, en ese instante, estaba ya afectado por perturbación psíquica grave. Queda, en cualquier caso, reseñada esta cuestión y abierta la posible polémica doctrinal sobre este extremo.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) González Poveda, Pedro: *De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 1992.

(2) Martinell Gispert-Sanch, José María: «El consentimiento coaccionado en el matrimonio civil español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, enero, 1981.

(3) Para Martín, Antonio: *Divorcio, separación y declaración de nulidad. (4) Las crisis matrimoniales ante el derecho*, Editorial Humanitas, Barcelona, 1983.

(4) López Alarcón, Mariano: «Nulidad, separación y divorcio por causa de perturbación psíquica, alcoholismo y toxicomania», *La Ley*, Madrid, año III, número 370, 9 de marzo de 1982.

(5) Vallejo Nágera, Juan Antonio: *Introducción a la psiquiatría*, Madrid, 1988.

(6) Sillamy: *Tratado de psicología*, Madrid, 1972.

(7) Bleuler: *Tratado de psiquiatría*, Madrid, 1980.

(8) López Alarcón, Mariano: «El nuevo regimen de las nulidades matrimoniales», *La Ley*, año II, número 295, 20 de noviembre de 1981.

(9) Pérez Martín, Antonio Javier: *La nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos penales del derecho de familia*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

(10) López Beltrán de Heredia, Carmen: «Nulidad matrimonial por depresión del contrayente», *Sepin Persona y Familia*, diciembre 2004.

(11) González Poveda, Pedro: *La nulidad del matrimonio, en la Ley del divorcio*, Madrid, 1992.

(12) Romero Coloma, Aurelia María: La nulidad matrimonial: análisis jurídico, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

(13) Santos Díez, J.L.: Citado por Antonio Javier Pérez Martín en *La nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos penales del derecho de familia*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

Revista de Derecho de familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,5
1998	5,5
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4
2006	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2006

18,03 euros/día o 540 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO. (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1981	14,4	14,0	15,6	15,6	15,4	13,7	14,3	14,4	14,1	14,4	14,3	14,4
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							

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS (CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

MATRIMONIO

Inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por el Magistrado-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 3 de Telde y Encargado del Registro Civil sobre el matrimonio de personas del mismo sexo en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea y a que no resulta propuesta por un órgano judicial en un proceso en el cual el fallo que haya de dictarse dependa de la validez de la norma legal cuestionada.
Tribunal Constitucional, Pleno, Auto de 13 de diciembre de 2005.

Denegación de la autorización para contraer matrimonio en España por parte de dos nigerianos al ponerse de manifiesto múltiples contradicciones en las audiencias practicadas lo que lleva a concluir que el matrimonio que se pretende contraer persigue una finalidad distinta de la propia de esta institución.
DGRN Resolución de 18 de noviembre de 2005.

Se concede la autorización para contraer matrimonio al haber quedado acreditado que ambos conviven al menos desde el año 2004 y que el resto de las declaraciones no revelan desconocimiento relevante de las circunstancias personales y familiares del otro, no pudiendo afirmarse con rotundidad la existencia de simulación.
DGRN Resolución de 10 de octubre de 2005.

SEPARACIÓN, DIVORCIO, NULIDAD

Teniendo ambos cónyuges nacionalidad colombiana, ha de aplicarse la legislación colombiana, procediendo decretar el divorcio sobre la acreditación de malos tratos de obra y trato cruel al otro cónyuge.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2005.

Se decreta el divorcio aplicando la legislación marroquí, concretamente la causa prevista en la última reforma (3 de febrero de 2004) conforme a la cual es causa de divorcio el comportamiento infamante por parte del esposo, frente a su consorte, y contrario a los buenos modales, con la causación de perjuicio moral a la esposa, que la expone a la imposibilidad de seguir en la vida conyugal.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2005.

Aplicación de la legislación española a la separación de un matrimonio de argentinos que residen en nuestro país al cumplir los requisitos previstos en el artículo 107,2º del Código Civil.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 25 de octubre de 2005.

PATRIA POTESTAD

Teniendo en cuenta la precariedad económica del padre, que había intentado infructuosamente visitar a sus hijas y que en ningún momento hubo comportamiento agresivo o violento por parte de éste hacia las menores, no procede privarlo de la patria potestad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2005.

Procede el archivo de la ejecución instada en reclamación del cumplimiento del ejercicio de la patria potestad compartida: se ha cumplido el requerimiento al acreditar la madre haber informado al padre, remitiéndole burofaxes comunicándole cambio de domicilio, citas médicas, razón de ellas y cambio de colegio. No está obligada la madre a dar información de todos los pormenores de la vida de los hijos, pues la sentencia no la condena a ello.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 28 de septiembre de 2005.

Si el padre que ostenta la guarda y custodia realiza disposiciones dinerarias de las cuentas de los hijos, sin aplicarlo además a necesidades de la familia, procede adoptar, al amparo del Artículo 154 CC y 164 CC medidas de aseguramiento y control de las labores de administración. No supone violación del derecho a la intimidad la obligación semestral de aportar los extractos de las cuentas bancarias de los hijos.
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 28 de septiembre de 2005.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede modificar la guarda y custodia a favor del padre por el hecho de que la madre haya iniciado una nueva relación sentimental, pues en ningún momento se ha acreditado que ello suponga un descuido en las atenciones de los hijos. Extensa prueba acredita que no son ciertas las desatenciones alegadas por el padre, y frente a ello pretende imponer su criterio en base a la testifical de su actual novia y la de la hermana de la anterior pareja del novio de su ex mujer, de cuyas declaraciones el Juez acuerda su remisión a un Juzgado de Instrucción por si pudieran ser constitutivas de un falso testimonio en causa civil.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

Aunque el menor haya manifestado su deseo de vivir con el padre, no procede modificar la guarda y custodia atribuida a favor de éste. El interés del menor ha de extraerse del conjunto de las pruebas existentes en autos, pues los deseos del hijo pueden tener su origen en el conflicto de lealtades en que está inmerso. Criterios para valorar los deseos del hijo en función de su grado de madurez que arrojan las pruebas practicadas.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de noviembre de 2005.

Aunque en medidas provisionales se otorgó la custodia a la madre, en la sentencia se modificó a favor del padre al desvelar el informe que éste reúne condiciones más idóneas para atender al hijo; se constata el descuidado ejercicio de la guarda de la madre, corroborada por un informe del colegio del menor que destaca su situación poco cuidadosa en puntualidad, aspecto y mantenimiento de objetos. Testifical de familiares: validez probatoria; aunque guardan parentesco sanguíneo con el padre, son precisamente los directos espectadores de las condiciones cotidianas de la vida familiar.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2005.

Aunque en acuerdo privado anterior los cónyuges acordaran modificar la custodia a favor del padre, como consecuencia de la situación vivida por la madre al perder una hija en un parto, procede ahora modificar la custodia a favor de la madre, al haberse acreditado la inadaptación emocional del menor en el entorno paterno con la posibilidad de sufrir el síndrome de alienación parental, que podría llegar a ser una sicopatología de consecuencias graves.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2005.

No procede la guarda y custodia compartida: la solicitud de que la menor esté con cada progenitor por el período de 5 años alternativamente es contraria a su estabilidad.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2005.

Procede otorgar al padre la guarda y custodia del menor al llevar viviendo con él durante un periodo prolongado de tiempo y un cambio de guarda podría conllevar una modificación en sus hábitos desaconsejable; además el padre cuenta con el apoyo de sus otras hijas de otra relación, mientras que de la madre ni siquiera consta su situación real en cuanto a su domicilio.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2005.

Procede otorgar la guarda y custodia del menor a la madre, atendiendo al acuerdo inicial de los progenitores cuando se produjo la separación de hecho, así como al informe que consta en autos, que en interés del menor, desaconseja un cambio de custodia. El padre no ha acreditado la inestabilidad sentimental, laboral y de domicilio que imputa a la madre.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2005.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se concede autorización para que con el padre pueda colaborar cualquier familiar paterno o persona de confianza designada por éste para realizar las entregas y recogidas de las menores.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006.

Aunque el informe pericial haya aconsejado un régimen de visitas paterno filial amplio, no es adecuado para la menor que esté con el padre todos los fines de semana, modificándose en la alzada a los fines de semana alternos.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

En el proceso de divorcio puede ampliarse el régimen de visitas sin necesidad de que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias: se trata de un proceso autónomo, en el que pueden plantearse *ex novo* las mismas cuestiones ya resueltas en el anterior pleito de separación, al no estar afectadas del principio de cosa juzgada. Aunque el Convenio Regulador constituye un negocio jurídico entre las partes, su peso específico se desvirtúa cuando afecta a medidas de orden público, como lo es el régimen de visitas.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

La pernocta de una menor de 11 años en el domicilio paterno durante un día entre semana no es perjudicial ni perturbadora; en un supuesto en el que la relación está exenta de conflictos y se desarrolla de forma normalizada, resulta beneficiosa la presencia del padre en la rutina diaria de la hija, no limitándola a momentos de ocio.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

Habiendo alcanzado la menor la edad de 11 años, se estima más ajustado a derecho modificar el régimen de vacaciones de verano, estableciéndose en la mitad de este período sin interrupciones,

en lugar de quincenas no consecutivas. Dada la edad de la hija y su grado de madurez, ya no resulta necesario evitar que los períodos de separación del progenitor custodio excedieran de 15 días, tal y como se pactó en el Convenio de Separación. Carece de sustento la alegación de la madre de que ello le impide garantizar la relación de su hija con su familia extensa, que reside en otra población.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral, como sucede en el presente caso en el que el padre fue condenado por actos de violencia sobre su hijo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2005.

VIVIENDA FAMILIAR Y AJUAR 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.

Estimación de la demanda de modificación de medidas en la que se solicitaba que se dejase sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar acogiéndose la donación del padre de una vivienda en propiedad para los hijos, inmueble que entrará definitivamente en el patrimonio de las hijas menores y quedará a salvo de los avatares que pudiera sufrir el patrimonio paterno.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006.

Nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble aquí reivindicado, siendo insuficiente la atribución del uso otorgada en un procedimiento matrimonial ya que la sentencia no puede afectar a terceros que no fueron parte en el procedimiento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2005.

Es carga del matrimonio el pago del préstamo hipotecario y procede su pago por mitad entre ambos cónyuges. La reclamación de que se haga efectivo el pago de la mitad de las cuotas de préstamo hipotecario devengadas antes de la sentencia se trata de una reclamación de cantidad que excede del objeto del proceso matrimonial. El pago del préstamo del vehículo no es una carga matrimonial y tampoco procede pronunciamiento en la sentencia sobre dicho extremo.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2005.

Obligación de pago de las cuotas de comunidad de la vivienda. Corresponde al copropietario que tiene atribuido el derecho de uso el pago de las cuotas ordinarias que afectan a la conservación, mantenimiento, reparación ordinaria y suministros, mientras que las reparaciones extraordinarias o cuotas extras han de ser abonadas por ambos copropietarios de por mitad. Por razones de justicia material y equidad el propietario no usuario no debe costear los gastos derivados de un uso que no le corresponde.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2005.

Habiendo alcanzado los hijos independencia económica, procede limitar a la esposa el derecho de uso de la vivienda familiar por el plazo de 1 año, pues tal uso le fue otorgado en atención a que ella ostentaba la guarda y custodia de los hijos. Análisis de la jurisprudencia que resuelve

la colisión entre el derecho de uso y el derecho de propiedad de los cónyuges cotitulares: salvo casos excepcionales, no puede otorgarse el uso indefinidamente, pues ello frustraría las facultades dominicales del otro cónyuge.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2005.

Aunque no existen hijos y la vivienda conyugal es propiedad del esposo, se atribuye a la esposa su uso durante 3 años por constituir el interés más necesitado de protección: ambos cónyuges padecen esquizofrenia paranoide, pero la esposa además tiene una minusvalía del 66% y unos ingresos muy inferiores a los del marido. La aplicación con automatismo absoluto de la ley puede provocar situaciones injustas, debiendo valorarse las circunstancias concretas que pueden justificar excepciones a las reglas generales para atribución del uso de la vivienda.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 2 de noviembre de 2005.

Procede acordar el pago por mitad de los gastos, impuestos y gravámenes que afecten a la propiedad de la vivienda (amortización préstamo hipotecario, I.B.I. y cuotas de comunidad), recayendo sobre el cónyuge que usa la vivienda aquellos otros gastos de mantenimiento y uso de la vivienda (suministros de agua, luz, gas), que son prestaciones propias de la necesidad habitacional.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2005.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se desestima la modificación de medidas para reducir la pensión alimenticia de un hijo extramatrimonial: es ficticia la transmisión de participaciones sociales que el padre realiza a favor de su esposa, que no ha pagado cantidad alguna por tan importante adquisición, y ni siquiera tiene ingresos. De dichas ventas lo que se infiere es la voluntad del actor de sacar bienes para evitar que puedan formar parte de su caudal hereditario en el que participaría su hijo. El hijo extramatrimonial tiene igual derecho que los otros a seguir culminando su formación. Condena en costas al padre por utilizar argumentos inciertos.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de enero de 2006.

Los gastos de matrícula y excursiones son gastos ordinarios, no extraordinarios, y su cómputo ha de incluirse en la pensión alimenticia periódica. Definición y requisitos de los gastos extraordinarios. La Sentencia puede pronunciarse sobre ellos de oficio, al ser una cuestión de orden público que afecta a los menores. Es equitativo que sean asumidos al 50% por ambos progenitores.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2005.

Se presume que no es tal la precariedad que alega el padre, pues al margen de los 600 euros mensuales que reconoce obtener de su negocio de carnicería, sus cuentas bancarias acreditan una mayor capacidad económica, aunque días después de la demanda de separación procediera a retirar parte del dinero y a invertir el resto en la compra de acciones. Es ajustada a derecho la pensión de 300 euros para dos hijos que cuentan con 2 y 5 años. Jurisprudencia sobre el criterio de proporcionalidad que ha de imperar en la fijación de la pensión de alimentos.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

Estando los cónyuges divorciados, y habiendo procedido a la liquidación del patrimonio ganancial, sin que exista ya ninguna carga común, procede dejar sin efecto la obligación del esposo de abonar la cantidad fijada en el procedimiento de separación (prorrogada en el divorcio)

en concepto de contribución al levantamiento de las cargas familiares, y ello con independencia de la situación económica en que quede la esposa.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2005.

No es admisible la pretensión del padre de que no se fije a su cargo una pensión de alimentos para su hija, por la mera alegación de que carece de ingresos, incumbiéndole a él la carga de la prueba de los ingresos con los que subsiste.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2005.

No tiene naturaleza de gasto extraordinario la contratación de una persona para el cuidado del menor, ya que al momento de la separación era un gasto previsible por los progenitores y se tuvo en cuenta en la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 22 de noviembre de 2005.

Son gastos extraordinarios y procede su abono al 50%, los derivados de clases extraescolares (inglés, francés y fútbol), ya que se trata de actividades realizadas al margen del gasto ordinario de matrícula y enseñanza del colegio privado al que asiste el menor por decisión de ambos progenitores.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 22 de noviembre de 2005.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se considera adecuada la pensión compensatoria de 900 euros mensuales teniendo en cuenta que el esposo percibe unos 2.900 euros mensuales, y que sólo tiene que abonar 200 euros en concepto de alimentos para el hijo, dándose la circunstancia de que se ha atribuido a cada uno de los cónyuges el uso de un inmueble común.
AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 28 de abril de 2006.

Al decretar el divorcio, se suprime la obligación del esposo de abonar una cantidad en concepto de levantamiento a las cargas familiares. Si en la sentencia de separación no se fijó una pensión compensatoria para la esposa, no puede pretenderse en la litis de divorcio la transformación de esa cantidad en una pensión compensatoria, y menos aún cuando se ha constatado que no existe desequilibrio alguno.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006.

Desestimado el recurso de casación interpuesto respecto a si en el divorcio cabe modificar la pensión compensatoria que se fijó en la separación, de modo que se pueda establecer de forma temporal cuando lo era con carácter ilimitado, por no haber jurisprudencia contradictoria y porque el juzgador *a quo* examina las circunstancias del caso y no aprecia alteración y este extremo es inconmovible en el recurso de casación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2005.

Extinción en el procedimiento de divorcio, de la pensión compensatoria de la esposa que, aunque ya realizaba trabajos esporádicos al momento de la separación, no fueron tenidos en cuenta, ni se concretaron los ingresos que obtenía por dicha actividad. Desde entonces la esposa ha venido trabajando con contratos temporales de forma ininterrumpida, habiendo desaparecido el desequilibrio que en su día motivó el establecimiento de la pensión.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2005.

Inadmisión del recurso de casación en el que se cuestionaba si en un procedimiento de divorcio puede el Tribunal, corrigiendo lo acordado por los cónyuges, establecer un límite temporal a la pensión inicialmente pactada como definitiva en el convenio regulador de la separación, al no haberse aportado jurisprudencia que resulte contradictoria para configurar el presupuesto del interés casacional.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2005.

Procede fijar una pensión de 150 euros durante 5 años para la esposa que cuenta con 30 años, su matrimonio ha durado 8 años y se ha dedicado al cuidado de la familia, con alguna colaboración en el negocio del esposo, sin haber estado dada de alta. Análisis de la reciente jurisprudencia del T. Supremo (10-02-2005 y 28-04-2005) que constituyen el antecedente de la actual regulación del artículo 97 del CC.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

Teniendo el esposo unos ingresos de unos 3.000 euros/mes, procede fijar una pensión compensatoria para la esposa de 500 euros/mes limitada a 18 meses: el matrimonio ha durado 21 años, la esposa tiene 40 años, es auxiliar administrativo y está empezando a realizar algunos trabajos por cuenta ajena, por lo que ese tiempo se considera suficiente para que pueda incorporarse de lleno al mundo laboral. Jurisprudencia que analiza la finalidad de la pensión compensatoria.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2005.

Si en 2.ª instancia se revoca la sentencia dictada en la instancia, y se declara la extinción de la pensión compensatoria, los efectos extintivos se producen desde la fecha de la sentencia de 1.ª instancia.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2005.

A los efectos de computar los ingresos del esposo para fijar la cuantía de la pensión compensatoria, han de tenerse en cuenta los anticipos que constan en su nómina. No se puede obligar al esposo a realizar horas extraordinarias, ni tampoco a la esposa a que venda la vivienda de su propiedad para adquirir otra de menor importe y que invierta la diferencia a renta fija.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2005.

CUESTIONES PROCESALES

Nulidad del auto de aclaración dictado en la pieza de medidas provisionales al fijar una pensión alimenticia para la esposa que no había sido solicitada en la demanda.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 119/2006, de 24 de abril.

Habiéndose dictado sentencia condenatoria en la causa penal, la competencia para el conocimiento de las medidas provisionales y procedimiento de separación es del juzgado de Primera Instancia y no del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 8 de marzo de 2006.

Constando que el demandante tiene su actual domicilio en España, como resulta de su demanda de empleo y de su certificado de empadronamiento, y además es nacional de este país, los Tribunales españoles son competentes para conocer de la presente demanda por aplicación de lo normado en el artículo 22.3 de la LOPJ aun cuando la demandada tenga su domicilio en Suiza.
AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 8 de marzo de 2006.

El sobreseimiento de la causa penal no conlleva que la competencia para tramitar el procedimiento de separación vuelva al Juzgado de Familia, debiendo continuarse la tramitación en el Juzgado de Violencia sobre la mujer.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 6 de marzo de 2006.

Es necesario permitir la intervención efectiva del Ministerio Fiscal en la exploración de los menores a fin de que éste pueda personalmente oír e interrogar a los mismos, para conocer si éstos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección que estime necesarias.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 17/2006, de 30 de enero.

Inadmisión del recurso de casación por interés casacional contra Sentencia recaída en un juicio de separación ya que en el escrito preparatorio no se citan dos resoluciones de un mismo tribunal y otras dos de otro distinto, por lo que no queda debidamente acreditada la contradicción jurisprudencial. No basta la mera contradicción entre la sentencia que se pretende recurrir y otras de diferentes órganos jurisdiccionales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de diciembre de 2005.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Habiéndose dictado la sentencia de divorcio en el año 1983 y no siendo de aplicación los reglamentos comunitarios de reconocimiento y ejecución de sentencias, debe admitirse a trámite la petición de *exequátur* para que dicha sentencia pueda inscribirse en el Registro Civil Central donde consta inscrito el matrimonio.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 17 de enero de 2006.

Se estima la oposición de la madre a la ejecución del régimen de visitas instada por el padre, pues se ha constatado que si bien el régimen de visitas no se ha cumplido con regularidad, no ha sido por causas imputables de forma exclusiva a la madre, y prueba de ello es que en el proceso de divorcio los cónyuges han pactado un régimen progresivo que era necesario para normalizar la situación. Procede la condena en costas en primera instancia al ejecutante.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 20 de diciembre de 2005.

Recurso de casación contra Auto que resuelve recurso de apelación. Resolución no recurrible. Se desestima la queja.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 13 de diciembre de 2005.

Al acreditarse que los hijos han accedido al mercado laboral, se estima como motivo de oposición a la ejecución la falta de legitimación de la madre para reclamar alimentos de los hijos mayores de edad que tienen independencia económica, sin que sea necesario acudir al procedimiento de modificación de medidas, pues remitir al ejecutado a ese nuevo proceso supondría amparar el abuso del derecho proscrito en el artículo 7.2 CC.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 22 de noviembre de 2005.

No es motivo de oposición a la ejecución en reclamación de pensiones alimenticias, la precaria situación económica del obligado al pago, ni la independencia del hijo. Ha de acudirse al procedimiento de modificación de medidas para la extinción de la pensión, que en su caso,

tendrá relevancia para las pensiones devengadas a partir de su interposición, pero no para las ya vencidas, ya que ni siquiera consta que se haya solicitado la extinción con efectos retroactivos.
AP León, Sec. 3.ª, Auto de 15 de Noviembre de 2005.

Si no se especifica nada sobre la fecha inicial del cómputo de la actualización, y sólo se dice que se realizará anualmente, la revalorización ha de realizarse de fecha a fecha, y no en el mes de enero de cada año.
AP León, Sec. 3.ª, Auto de 11 de noviembre de 2005.

No es motivo de oposición a la ejecución el hecho de que el hijo mayor de edad tenga una relación distante con el padre y estuviera trabajando con unos ingresos cuya cuantía no ha sido probada.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Auto de 4 de noviembre de 2005.

Si en el Convenio se pactó que en el mes de verano la madre renunciaba a reclamar la pensión de alimentos, aun no habiendo permanecido los hijos con el padre en ese período, por razones de equidad procede despachar ejecución por las mensualidades de verano, pero reducidas en un 50%, ya que los hijos son mayores de edad, tienen problemas en su relación con el padre y vienen realizando trabajos de manera esporádica.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Auto de 4 de noviembre de 2005.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La actualización de las aportaciones privativas para el pago de la hipoteca debe efectuarse aplicando el incremento del valor del dinero y no fijando un porcentaje en relación con el precio actual de la vivienda.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006.

Habiéndose discutido por la esposa el pronunciamiento relativo a la causa de divorcio, la disolución de la sociedad de gananciales no tuvo lugar hasta que se dictó sentencia de apelación por la Audiencia Provincial, no siendo de aplicación al presente caso la teoría de la disolución desde la fecha de separación de hecho al no haber existido un largo periodo en esta situación.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006.

Figurando como titular del inmueble un tercero y discutiéndose la eficacia del contrato privado de compraventa efectuada por el esposo, no puede incluirse en el activo de la sociedad dicho inmueble, sin perjuicio de que, por quien entienda que le asiste razón, ejercite las acciones procedentes para la efectividad de dicho contrato.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006.

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 marzo de 2006.

Efectuada por medio de capitulaciones matrimoniales 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.

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.

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.

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.

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.

Carácter ganancial de la deuda que mantenía el esposo –abogado en ejercicio– con un cliente derivada de la liquidación de la provisión de fondos, no existiendo incongruencia en la sentencia que condena a la esposa en su participación en los bienes comunes del patrimonio consorcial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2006.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El consentimiento prestado por el acogedor ante el Juez y para el acogimiento preadoptivo, aunque aquél falleciese posteriormente, es válido para la constitución de la adopción.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de abril de 2006.

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.

Fijación de una indemnización de 1.400.000 euros en favor de la madre biológica de un menor que fue declarado en su día en desamparo, revocándose dicha resolución por la Audiencia Provincial, y siendo imposible ejecutar la medida de reintegro con la misma.
AP Sevilla, Sec. 6.ª, Auto de 30 de diciembre de 2005.

Se desestima la oposición de los padres biológicos al acogimiento preadoptivo de un menor de 5 años de edad. Aunque el previo acogimiento simple se llevara a efecto por una actuación detestable de la Administración, ha de estarse al interés prioritario del menor, y aunque los padres biológicos estén recuperados de su toxicomanía, lo determinante es que el menor está plenamente integrado con la familia de acogimiento y el retorno con aquéllos conllevaría unas consecuencias impredecibles.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 10 de noviembre de 2005.

No procede admitir a trámite la solicitud de Medidas Provisionales en procedimiento de Jurisdicción Voluntaria para nombramiento de tutor: no existe previsión legal para su adopción, y además la menor se encuentra debidamente atendida por su abuela. Solamente podría adoptarse por la entidad pública un acogimiento familiar provisional en interés de la menor, en el caso de que se solicitara y los padres se opusieran a ello (artículo 173.3.º C. Civil).
AP La Rioja, Sec. 1.ª, Auto de 28 de octubre de 2005.

FILIACIÓN

Anulación de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en la que declaró la paternidad del demandado cuando tanto en Primera Instancia como en la Audiencia Provincial se desestimó la demanda, al no exteriorizar los aspectos esenciales del razonamiento que han llevado al Tribunal Supremo a la adopción de la decisión que es totalmente opuesta a la alcanzada por la Audiencia Provincial en relación con la valoración de la prueba testifical.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 118/2006, de 24 de abril.

Inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado.
Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 52/2006, de 16 de febrero.

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.

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.

Cuando se ejercita conjuntamente la acción de reclamación e impugnación de la filiación no es aplicable el plazo de caducidad previsto para la segunda de las acciones que es meramente accesoria de la primera.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

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.

Existencia de una comunidad de bienes al 50% respecto a la construcción de una vivienda en un solar propiedad de la conviviente y realizada por ambos durante el período de convivencia común.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de enero de 2006.

Desestimación de la demanda interpuesta por un conviviente contra otro y en la que se reclama la propiedad de unos inmuebles que adquirieron en *pro indiviso* durante la convivencia al no considerarse que existiese donación por razón de matrimonio ni negocio fiduciario.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de diciembre de 2005.

Incongruencia de la sentencia que fija un porcentaje sobre el inmueble adquirido por los integrantes de una unión de hecho que posteriormente cesaron en su convivencia, cuando las partes no cuestionaron que el inmueble les pertenecía al 50%.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2005.

No ha lugar a fijar indemnización alguna tras el cese de una convivencia de hecho ya que la mujer, en razón a dicha convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones, ni sufre minusvalía o enfermedad alguna, e incluso aportó a la comunidad la carga y el cuidado y educación de dos hijos proveniente de su anterior matrimonio. Existen Votos particulares.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2005.

CUESTIONES PENALES

Condena por un delito de apropiación indebida a la tutora que hace suyos los bienes de su sobrina menor.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2006.

Vulneración del derecho de defensa al haberse impedido al denunciante –que ejercía la autodefensa– poder interrogar en el juicio de faltas a los testigos que propuso a fin de acreditar el incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre de sus hijos.
Tribunal Constitucional Sala 1.ª, Sentencia 12/2006, de 16 de enero.

No procede la orden de protección al autor de una falta del Artículo 620.2º C.P al tratarse de un hecho aislado: tras estar separados de hecho durante años, el padre en una ocasión insulta y amenaza a la madre telefónicamente por no poder ver a la hija después de haberse desplazado expresamente para ello. No existen razones que justifiquen la adopción de tal medida.
AP Valladolid, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de enero de 2006.

Procede el sobreseimiento provisional en fase de Diligencias Previas, por no constar acreditada, tras la práctica de una extensa prueba, la existencia de una agresión sexual de un padre hacia su menor hijo. Se ha de valorar la existencia de conflictividad entre los progenitores con motivo de su separación y el régimen de visitas, así como el que haya una sentencia que condena a la madre por denuncia falsa contra el padre. No se admite la prueba de careo entre peritos, sólo prevista entre testigos y procesados.
AP Valladolid, Sec. 2.ª, Auto de 30 de diciembre de 2005.

CUESTIONES REGISTRALES

Denegación de la inscripción de una escritura de extinción de condominio al constar en el título que los compradores adquirían para su sociedad ganancial, ya que no puede alterarse el contenido de los asientos sin una acreditación fehaciente de lo manifestado que desvirtúe el contenido de la escritura pública de compraventa que motivó la inscripción vigente.
DGRN Resolución de 4 de abril de 2006.

Denegación de la opción a la nacionalidad española ejercitada por la madre respecto de una menor de origen marroquí y que convive con ella tras la constitución de la Kafala al no coincidir los efectos de la misma con la adopción española.
DGRN Resolución de 21 de marzo de 2006.

No existe ningún obstáculo para que en una escritura de extinción de condominio la usufructuaria de una parte ceda su derecho a cambio de una determinada cantidad de dinero.
DGRN Resolución de 3 de marzo de 2006.

Negativa del Registrador de la Propiedad a cancelar una inscripción al haberse acordado la misma en fase de ejecución provisional por no ser firme la sentencia que declara la nulidad del título que motivó la inscripción y estar pendiente de apelación.
DGRN Resolución de 2 de marzo de 2006.

Denegación de la inscripción de la escritura de compraventa otorgada en virtud de sentencia judicial en procedimiento seguido contra los herederos desconocidos de una persona fallecida, ya que dicha indeterminación no garantiza una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada.
DGRN Resolución de 24 de febrero de 2006.

Se deniega la anotación de embargo sobre bienes adquiridos por el ex esposo después de decretarse la separación judicial y dimanante de deudas que la esposa adquirió constante el matrimonio.
DGRN Resolución de 29 de diciembre de 2005.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

OTRAS CUESTIONES

Desestimada la acción rescisoria por fraude de acreedores respecto a los contratos de compraventa de dos inmueble 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.

Desestimación del incidente de recusación que plantea la esposa contra el Juez que resolverá su liquidación de gananciales por haber ostentado éste el cargo de Teniente Coronel mientras su esposo era Sargento en la misma localidad. La subordinación prevista en el artículo 218.12 LOPJ no es la derivada meramente de la jerarquía, sino que ha de implicar una relación directa de subordinación, y sólo puede ser apreciada cuando ambos ejercen sus funciones en un mismo órgano.
AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 21 de octubre de 2005.